

Tilburg University

Privacy in geding

Prins, J.E.J.

Published in:
Recht in Geding

Publication date:
2014

Document Version
Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Prins, J. E. J. (2014). Privacy in geding: Expliciteren, wegen en beperken van belangen. In M. S. Groenhuijsen, & A. Soeteman (Eds.), *Recht in Geding* (pp. 51-59). Boom Juridische Uitgevers.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Recht in geding

Recht in geding

door

Marc Groenhuijsen
Ewoud Hondius
Arend Soeteman

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2014

Omslagontwerp: Textcetera, Den Haag
Opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag

© 2014 De auteur(s) | Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-897-4925-3
ISBN (e-book) 978-94-627-4081-5
NUR 820

www.bju.nl

Inhoud

Voorwoord	13
1 Beginselen en rechten van de mens	19
Beginselen in het (privaat)recht: van luxe naar noodzaak. Meerlagig recht en de genererende kracht van beginselen	21
Carla Sieburgh	21
1. Inleiding: <i>Perpetua voluntas ius</i>	21
2. Beginselen als middel om te komen tot materiële ‘iustitia’	22
3. Verbinding van meer rechtslagen	22
3.1 Functie van beginselen: twee patronen	22
3.2. Verbinding door verwijzing naar beginselen	23
4. Rol van beginselen in het privaatrecht	23
5. Probleem: overbruggen van verschillende delen van het recht	24
6. Rol van beginselen in het Europese Unie-recht	25
6.1 Kenmerken van Europese Unie-recht	25
6.2. Genererende rol van beginselen voor Europese Unie-recht	26
7. Beginselen als middel om privaatrecht en Europese Unie-recht te overbruggen	28
7.1. Mogelijke reacties vanuit het privaatrecht	29
7.2. Rol van beginselen in de reactie vanuit het privaatrecht	31
8. Recapitulatie	32
Fundamentele rechten – een aparte categorie?	35
Janneke Gerards	35
1. Inleiding	35
2. De alomtegenwoordigheid van grondrechten	36
3. Het grondrechtenparadigma	37
4. Het risico van conceptuele onduidelijkheid	39
5. Van binair denken naar een gradueel concept	41
6. Hoe kan een gradueel grondrechtenconcept worden verwezenlijkt?	44
7. Besluit	46
2 Techniek en recht – recht en techniek	49
Privacy in geding: expliciteren, wegen en beperken van belangen	51
Corien Prins	51
1. Inleiding	51
2. Ontwikkelingen	52

3.	Veranderende focus wat betreft gegevens en personen	54
3.1.	Harde gegevens	54
3.2.	Type persoon	55
4.	Verweesde verantwoordelijkheid	56
5.	Redeneren vanuit begrenzen	57
6.	Ten slotte	58

Internet: naar het einde van het auteursrecht?	61
<i>Feer Verkade</i>	61

3	Recht en filosofie	69
----------	---------------------------	-----------

Logica en recht: naar een rijkere relatie		71
1.	Eén cultuur, twee stromen	71
2.	Logica versus recht?	72
3.	Redeneerstijlen	72
4.	Argumentatietheorie versus logica	73
5.	Logica in tweevoud: descriptief en procedureel	74
6.	Logica als kennisproces	75
7.	Leren van fouten	76
8.	Sociale dynamiek	76
9.	Spel en strategie	76
10.	Ontsnappingsspel	78
11.	Juridische procedure als spel	78
11.1.	Rollen en taken	79
11.2.	Eenmaligheid versus herhaling	79
11.3.	Afhankelijkheid van procedures	80
12.	Logische dynamiek, informatica en speltheorie	81
13.	Logica en social gedrag	81
14.	Conclusie	81
Literatuur		82

Is er een rechtsgeleerde waarheid?	85
<i>Arend Soeteman</i>	85

1.	Waarheid	85
2.	Constructivisme	88
3.	Constructivisme en waarheid	89
4.	Scholten en Dworkin	90
5.	Eén juist antwoord?	92
6.	Controleerbaarheid van het juiste antwoord	92

4	Recht en staat	95
	Juristen en de staat: van centrum naar periferie?	97
	<i>Mark Bovens</i>	<i>97</i>
1.	Inleiding	97
2.	Van centrum naar periferie	98
2.1.	Tweede Kamerleden	99
2.2.	De ministers	100
2.3.	Eerste Kamerleden	101
2.4.	De top van het ambtelijk apparaat	102
2.5.	Van centrum naar periferie	103
3.	Recht in geding	105
3.1	Zelfreflectie	105
3.2.	Zendingswerk	106
	Bestuursrecht en het ethos van de rechtsstaat	107
	<i>Ernst Hirsch Ballin</i>	<i>107</i>
1.	Inleiding	107
2.	De bestuursrechtelijke rechtsbetrekking	108
3.	Rechtsstatelijk bestuursrecht	109
4.	De taak van de rechter	111
5.	Evenredigheid	113
6.	Prognoses	116
7.	Conclusie	116
5	Recht en democratie	119
	Democratierecht	121
	<i>Herman van Gunsteren</i>	<i>121</i>
1.	Inleiding	121
2.	Gevaren	121
3.	Vertrouwen	122
4.	Contrademocratie en formele democratie	123
	Literatuur	124
	Doelregelgeving en democratie	125
	<i>Pauline Westerman</i>	<i>125</i>
1.	Doelregelgeving	125
2.	Subsidiariteit	127
3.	De vermenigvuldiging van doelregels	128
4.	In de schaduw van het recht	129

5.	Democratische regelgeving?	131
6.	Democratische controle?	132
7.	Het volk als principal of als agent?	133
6	Recht en cultuur – cultuur en recht	135
	Cultuur in het recht	137
	<i>Willem Frijhoff</i>	137
1.	Inleiding	137
2.	Cultuur	137
3.	Cultuur in het recht en de historicus	140
4.	Rechtscultuur en bestuurscultuur: Dordrecht ca. 1650	141
5.	Magie en toverij als object van strafrecht in het verleden	143
6.	Cultuur in het recht en rechtscultuur	144
7.	Duivelspact en heksenprocessen	146
8.	Bestrafing, verzoening, genezing	147
9.	Verwetenschappelijking en secularisering	149
10.	Tolerantie	150
11.	Geschiedenis per decreet	153
12.	Totalitaire herinneringspolitiek?	155
13.	Gevaren en misbruik van wetgeving over geschiedenis	157
7	Kunst en recht	159
	Van wie is de Mona Lisa? Over culturele identiteit en globalisering	161
	<i>Ted de Boer</i>	161
1.	Probleemstelling	161
2.	De reikwijdte van het begrip ‘nationaal erfgoed’	164
3.	Juridische bescherming van cultureel erfgoed: exportverboden en restitutie	166
4.	Nationalisme v. universalisme	169
5.	Afronding	174
8	Recht en literatuur	175
	De algemene verhalen van het burgerlijk recht	177
	<i>Hans Nieuwenhuis</i>	177
1.	Regel en geval	177
2.	Rechtsvinding als rekensom	179
3.	Algemene verhalen	181
4.	Tenzij	187

Crime and Punishment bij Dickens	189
Jan Lokin	189
1. Inleiding	189
2. Schuldgevangenissen	190
3. Doodstraf	192
4. Transportatie	194
5. Gevangenisstraf, Solitary System	194
6. Separate System	196
7. Silent System	197
8. Vergelding en onderwijs	198
9. De strafrechtadvocaat; Jaggers en Wemmick	200
10. Slotsom	203
 9 Recht en verlichting	 205
Montesquieu en het recht	207
René Foqué	207
1. Inleiding	207
2. Een gematigd Verlichtingsdenker	207
3. Een revolutie in de methode	210
4. Nieuwe visie op de status van het natuurrecht	211
5. Inductief, comparatief en typologiserend denken	212
6. Holistisch denken	214
7. Relatieve rechtsopvatting	214
8. Constitutionalisme	215
9. Aard en beginsel	217
10. Vrijheid en pluralisme	219
11. De rechter als hoeder van de democratische rechtsstaat	222
12. Coda	225
 Recht en Verlichting: Spinoza over de 'Rechten van de Mens'	 227
Theo Verbeek	227
1. Een metafysica van het recht	227
2. Individuele 'natuurlijke' rechten	229
3. De rechten van de mens en de burger	232
4. Spinoza over democratie en godsdienst	234
5. Conclusies	236
Literatuur	239

10	Recht en sociale wetenschappen	241
----	---------------------------------------	------------

Recht en andere disciplines: het incorporeren van extrajuridische inzichten in het privaatrechtelijke debat	243
--	------------

<i>Ivo Giesen</i>	243
-------------------	-----

1.	Introductie	243
2.	Het springende punt nader geduid	244
3.	Het belang van deze vraag	245
4.	Verdere opbouw	247
5.	De bestaande literatuur: Vranken	247
6.	De transparantiemythe: Mertz	249
7.	Een alternatief uit Duitsland: Engel	252
8.	Tussenconclusie	253
9.	Discussie: een mogelijke oplossing?	254
10.	Implicaties en conclusies	256

Verwevenheid van recht en economie	259
---	------------

<i>Eric van Damme</i>	259
-----------------------	-----

1.	Inleiding	259
2.	Economische wetenschap	261
2.1.	Economie: domein of methode?	262
2.2.	De economische methode	263
2.3.	Economische theorie en aannames	264
2.4.	Rationaliteit of Homo Economicus?	265
2.5.	'Het' economisch model	266
2.6.	Welvaartseconomie en efficiëntie	267
2.7.	Conclusie	270
3.	Rechtswetenschap	270
3.1.	Definitie en functie van het recht	271
3.2.	Rechtswetenschap of rechtsgeleerdheid?	273
3.3.	Conclusie	275
4.	Recht en economie	275
4.1.	De interesse van economen	275
4.2.	De weerstand van juristen tegen de economische methode	277
4.2.1	Rechtseconomie	277
4.2.2	Economische theorie en simpele modellen	278
4.2.3	Aannames: Waar of Nuttig?	279
4.2.4	Theorie en empirie	280
4.2.5	Misverstanden over efficiëntie en normatieve aspecten	281
4.3.	Conclusie	282
4.	Mededingingsrecht en -economie	282
5.1.	Samenwerking in de VS	283
5.2.	Beleid in Europa	285

6.	Gedragseconomie en recht	287
6.1.	Gedragseconomie	287
6.2.	Gedragseconomie en recht; twee voorbeelden	289
7.	Conclusie	291
	Literatuur	293

Voorwoord

1 In de periode september 2011 – december 2013 organiseerde de sectie rechtsgeleerdheid van de afdeling letterkunde van de Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen (KNAW) een reeks voordrachten. Doel van de reeks was inzichten vanuit de rechtsgeleerdheid te plaatsen naast die uit andere, verwante onderzoeksvelden. Deze bundel bevat de tekst van de voordrachten, althans de meeste daarvan: twee sprekers konden vanwege andere verplichtingen hun mondelinge bijdrage niet tijdig gereedmaken voor deze uitgave.

2 De auteurs zijn allen als lid, rustend lid of corresponderend lid verbonden aan de KNAW of aan De Jonge Akademie, een recente aanwinst van de KNAW. Zij zijn in de gelegenheid gesteld hun bijdrage tot 1 januari 2014 *up to date* te brengen. Van de discussies onder leiding van prof. Nico Schrijver is geen verslag gemaakt. Wel hebben de meeste auteurs de belangrijkste in de discussies gemaakte opmerkingen in hun tekst verwerkt. De redactie was in handen van Marc Groenhuijsen (Tilburg), Arend Soeteman (VU Amsterdam) en ondergetekende (Utrecht).

3 De bundel opent met een tweetal bijdragen over beginselen en rechten van de mens. Carla Sieburgh (Nijmegen) wijst op de toegenomen betekenis van beginselen in ons recht. Door het gebruik van beginselen weten wij de gerechtigheid van inhoud te voorzien. Beginselen spelen op twee manieren een rol: ter vervolmaking van het klassieke privaatrecht en tot verdere uitbouw van het jonge Europese stelsel. Janneke Gerards (eveneens Nijmegen) werpt de vraag op wat juristen ertoe brengt een casus te categoriseren in termen van grondrechten. Zij bepleit het concept van de grondrechten opnieuw te doordenken en daarbij af te stappen van het binaire denken en in plaats daarvan een gradueel grondrechtenconcept te introduceren.

4 Onder het kopje *Techniek en recht – recht en techniek* wijst Corien Prins (Tilburg) op de wijzigingen in de privacymentaliteit: van het wijzen op het gevaar voor de samenleving naar een maatschappij die zich aan privacy weinig gelegen laat liggen. Leidt het internet naar het einde van het auteursrecht? Feer Verkade (Den Haag) ziet de twintigste eeuw als hoogtijdagen van het auteursrecht, althans voor Europa. Dat gaat nu zeker afnemen, zeker als generator van winsten en stimuleringsmiddel voor culturele prestaties, maar daar hoeven we niet wakker van te liggen. Andere financieringsmechanismen zullen weer belangrijker worden.

5 Johan van Benthem (Amsterdam) stelt dat logica en recht gemeenschappelijke interesses en wellicht zelfs gezamenlijke wortels hebben. In zijn bijdrage bespreekt hij de relatie tussen logica en recht vanuit het perspectief van intelligente interactie. Arend Soeteman (VU Amsterdam) onderzoekt of er zoiets als een rechtsgeleerde waarheid bestaat. Hij maakt duidelijk hoe essentieel in juridisch verband goede controleerbare argumentatie is.

6 Mark Bovens (Utrecht) schetst de onrust in het juridisch arbeidsveld en de reactie daarop van de juristen. Die juristen zijn al lang van het centrum van de macht naar de periferie verhuisd. Er werken nog steeds veel juristen in Den Haag, maar hun dominante positie zijn zij kwijt. Daarmee verschuift de focus van rechtmatigheid naar doelmatigheid. Ernst Hirsch Ballin (Amsterdam/Tilburg) grijpt het

verschijnen van de eerste druk van *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat – instrument en waarborg*¹, 35 jaar geleden, aan om een paradigmaverandering in het bestuursrecht te demonstreren. Volgens de auteur stelden De Haan c.s. voor het eerst het doel van toekenning, gebruik en toetsing van de bestuursbevoegdheden centraal. Het gaat hierbij om meer dan randvoorwaarden, zoals blijkt uit de betekenis voor onvermoeide rechtsterreinen, zoals het consumentenrecht.

7 Waarom heeft democratie recht nodig? Volgens Herman van Gunsteren (Leiden) schetste Plato al hoe democratie tot tirannie kan leiden. Tegenwoordig zijn het de vier principes van zelforganisatie – diversiteit, meervoudige representaties daarvan, dwingende en waardenbetrokken selectie daaruit en leiderschap door indirecte controle – die de kans op wijze besluiten bevorderen. Pauline Westerman (Groningen) vraagt onze aandacht voor een verschijnsel dat zij doelregelgeving noemt (*principles-based regulation*). Het gaat hier om wetgeving die nadere invulling door andere partijen behoeft. Dat lijkt heel positief, maar het gevaar dreigt dat experts het debat gaan beheersen. Van een echte democratie is dan geen sprake.

8 Willem Frijhof (VU Amsterdam) schrijft onder het kopje *Cultuur in het recht* over een drietal thema's uit zijn eigen onderzoekspraktijk: rechtscultuur en bestuurscultuur in het zeventiende-eeuwse Dordrecht, de omgang van het recht met magie en toverij, en wetgeving over geschiedenis (Armeense genocide, Holocaust).

9 Van wie zijn kunstvoorwerpen? Waar hoort de Mona Lisa thuis: in het Louvre te Parijs, in Italië, of is hier wellicht sprake van een universeel cultuurgoed? Ted de Boer (Amsterdam) houdt het erop dat de waarheid ergens in het midden ligt. Voor zowel de nationalistische als de internationalistische visie op cultuurbezit valt wel iets te zeggen.

10 Hans Nieuwenhuis (Leiden) zoekt naar het verhaal in het recht en vindt dat niet alleen in de *common law* maar ook in het continentale recht (Kelderluik-arrest). Jan Lokin (Groningen) laat zien hoe een auteur als Dickens met zijn fictie (*Bleak house*, *David Copperfield*, *Great expectations*) een grote invloed op het recht uitoefent.

11 René Foqué (Leuven) ziet Montesquieu als een gematigd verlichtingsdenker. Dat inspireert hem om te zoeken naar een antwoord op de vraag hoe in onze laat-moderne samenleving de democratische rechtsstaat gematigdheid en fatsoen kan blijven garanderen en beschermen. Theo Verbeek (Utrecht) zoekt een antwoord op de vraag naar de verhouding van Spinoza tot de Verlichting. Spinoza confronteert ons in zijn ogen met het feit dat in een democratie mensenrechten niet zonder meer veilig zijn.

12 Is het recht een in zichzelf besloten vakgebied, of dient het te worden ingebed in andere wetenschapsgebieden? Ivo Giesen (Utrecht) bepleit een voorzichtig antwoord: alleen van geval tot geval is een antwoord mogelijk op de vraag of de sprong van empirische inzichten naar juridische, normatieve oordelen mogelijk is. Eric van Damme (Tilburg) ten slotte verklaart de verschillende wijzen waarop rechtswetenschap en economische wetenschap hun doel willen bewerkstelligen. Zijn betoog

¹ P. de Haan, Th.G. Drupsteen & R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat – instrument en waarborg*, Deventer: Kluwer 1978 (eerste druk).

mondt uit in de stelling dat samenwerking tussen juristen en economen op het terrein van maatschappelijke ordening vruchtbaar kan zijn.

13 Inspiratie voor het opzetten van deze reeks is gevonden in een Franse uitgave uit 2010. In 2008 wijdde de *Académie des sciences morales et politiques*, een – niet de – Franse zusterorganisatie van de KNAW, een reeks bijeenkomsten aan visies op het recht. Onder redactie van François Terré zijn de 26 inleidingen – aangevuld met enige niet uitgesproken mededelingen – vier jaar geleden gebundeld en gepubliceerd.² Negen categorieën telt het boek: vertaald uit het Frans zijn dat expressie, geadresseerden, oorsprong, politiek, sociologie, kunstenaars, literatuur, filosofie en ‘au delà’. Onder het hoofd ‘du côté des expressions’ bevat het eerste deel vier opstellen: van wijlen Jean Foyer over het recht en Latijn in *fine* kwalificeert hij de huidige strijd tussen Anglo-Amerikaans en Frans recht als ‘Une sorte de bataille, de guerre même est engagée. Son enjeu est un véritable enjeu de civilisation. Il est légitime de penser que notre civilisation juridique est la meilleure [helaas zonder nadere adstructie, EH]. À nous d’en convaincre le monde’), Anne-Marie Leroyer over rechtstaal en juridische terminologie (onder andere, aansluitend bij de vorige auteur, over de introductie van woorden als ‘whistleblowing’(! in het Frans), Charles Vallée over het gezichtspunt van de uitgever (hij wijst op de explosie van rechtsbronnen, de technologische evolutie en – al weer – de ‘américanisation’ en Isabelle Falque-Pierroton over internet en recht. Tien jaar terug kon men, aldus deze laatste auteur, nog menen dat de toenmalige wetgeving met enige moeite nog wel toereikend was om met het internet af te rekenen. Maar thans geldt volgens haar dat ‘l’internet échappe à tout contrôle’.

Deel twee, ‘du côté des destinataires’, telt bijdragen over de rechtsopvattingen bij niet-juristen door Nicolas Molfessis (‘Il n’existe pas de perception commune du droit, mais des appréhensions du droit, toutes distinctes. Aucune d’entre elles, pas même celles que les juristes pourraient en leur sein cultiver, ne détient la vérité. Tout simplement parce qu’il n’existe pas une réalité objective du droit’), onderneming en recht door Pierre Godé en belastingrecht en de belastingplichtige door Daniel Gutmann.

Deel drie ziet op de ‘forces créatrices’ en telt essays van de bekende romancier/civilist Jean-Denis Bredin (‘L’affaire’, ‘Battements de coeur’, ‘On ne meurt qu’une fois’, voorts lid van de ‘echte’ *Académie française*) over ‘la loi, la mémoire et l’histoire’, Philippe Raynaud over de scheiding tussen recht en politieke wetenschap en – de misschien bekendste auteur – Marie-Anne Frison-Roche over recht en economie, die op methodologische gronden de strijd aanbindt met het in Frankrijk beruchte rapport ‘Doing business’ van de Wereldbank – waarin Frankrijk het met een zeer nederige plaats moet doen.

In deel vier, ‘du côté des forces politiques’, treffen we bijdragen aan van Marie-France Garaud over ‘le droit vu par les politiques’ (met de vraagstelling ‘le temps ne vient-il pas des politiques dépossédés par le droit?’), Pierre Manent getiteld ‘Du souverain juge au juge souverain’ (die dezelfde kant uit redeneert, maar meer vanuit de historie) en Elisabeth Zoller over recht en regulering, meer speciaal de ontwikkeling

2 F. Terré (red.), *Regards sur le droit*, Parijs: Dalloz 2010.

in de Verenigde Staten van de regulering van het bedrijfsleven door *specialized agencies* met een contractuele grondslag.

Deel vijf bevat vier opstellen – van Jacques Commaille over recht en sociologie, Jacques-Henri Robert over criminologie en strafrecht ('le droit ... sans criminologie n'a pas d'objet et la criminologie sans droit n'a pas de limite'), Raymond Verdier over anthropologie en Jean Hilaire over juridische iconologie ('L'iconologie rappelle plus que jamais que l'on ne saurait aborder le présent, le présent du droit, sans mémoire').

Deel zes wordt echt spannend, met bijdragen van Laurence Depambour-Tarride over de Franse rechtsgeschiedenis weerspiegeld in de beeldhouwkunst, H  lene Piquet over eskimokunst en -recht, Pierre Cave over recht en architectuur en Basil Markesinis over Milton's *Paradise lost* en zijn begrip van hemelse gerechtigheid.

Deel zeven bevat essays van Alain-Gérard Slama over literatuur en recht en François Ost over 'le droit au miroir de la littérature'.

Dan komen in deel acht twee bijdragen over (rechts)filosofen, te beginnen met Leibniz door Pol Boucher en vervolgens Hegel door Bernard Bourgeois.

Ten slotte is er een restcategorie 'Au del  '. Hierin zijn ondergebracht bijdragen van Mireille Delmas-Marty over de rol van *le droit mou* (soft law!) in de mondiale hiërarchie van normen en waarden, Dominique Fenouillet over de toegenomen betekenis van gewetensvrijheid, Jean Paul Charnay over moslimrecht en François-Xavier Dumortier SJ. Deze laatste bijdrage, over de plaats van het recht in en voor de orde van de Jezuïeten, zou in een Nederlandse tegenhanger minder kans op opnemings hebben gemaakt (maar die tegenhanger kent dan ook, anders dan de *Académie*, geen kardinaal Ratzinger – *comme il était à l'époque* onder haar titulaire leden). Interessanter is de bijdrage van Charnay, die op een belangrijk twistpunt in de relatie seculier/moslim ziet. Op 5 juli 1830 gaf de stad Algiers zich over aan de Fransen. Daarbij garandeerden de Fransen: 'l'Exercice de la religion mahom  tane restera libre.' De Fransen meenden dat deze bepaling hun volledig het recht gaf om het Franse recht in te voeren; voor de Algerijnen was het vanzelfsprekend dat het recht onder de gegarandeerde vrijheid van godsdienst viel.

Een hoogtepunt van de bundel is de bijdrage over het recht bij de eskimo's (Inuit). In het Paleis van Justitie van Yellowknife, hoofdplaats van de Northwestern Territories in Canada, staat een aantal beeldhouwwerken van autochthone kunstenaars, de 55.000 Inuit die leven op een gebied ongeveer zo groot als India. Hoe deze aanvankelijk door de Canadese staat zeer vijandig bejegende bevolkingsgroep dankzij de rechtspraak van Judge Sissons meer begrip van de overheid heeft gekregen – en hoe dit in beeldhouwkunst tot uitdrukking is gekomen – wordt op fascinerende wijze door de auteur geschetst.

Blijft één opmerkelijk punt: Fransen lijken aan de ene kant (Royer, Frison-Roche) ontzet over de oprukking van Anglo-Amerikaanse rechtscultuur en daar anderzijds door gefascineerd (Zoller, Piquet).

14 Terug naar eigen land. De redactie is de auteurs erkentelijk voor hun bereidheid om aan deze uitgave hun medewerking te verlenen. De redactie bedankt voorts dr. Wirt Soetenhorst en Gineke Wiggers van Boom Juridische uitgevers voor de plezierige samenwerking. Zij hoopt deze samenwerking voort te zetten met een

tweedebundel waarin acht bijdragen over de methodologie van – onderdelen van – het recht – privaatrecht, strafrecht, staats- en bestuursrecht en internationaal recht – een plaats zullen krijgen.

Ewoud Hondius

I Beginselen en rechten van de mens

Beginnelsen in het (privaat)recht: van luxe naar noodzaak. Meerlagig recht en de genererende kracht van beginselen

Carla Sieburgh*

1. Inleiding: *Perpetua voluntas ius*

Een jurist zal zelden iets lezen dat hem meer intrigeert dan de in de Digesten van Justinianus verwoorde oproep aan hen die zich op het recht willen toeleggen: ‘*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.*’¹ Het zijn niet zozeer het woord ‘*iustitia*’ of de frase ‘*suum cuique*’ die de gedachten prikkelen. Wat verwondering wekt is de idee van een ‘*perpetua voluntas*’, een onwankelbare en eeuwigdurende wil ieder het zijne te doen toekomen. Snel nadat het bestaan van zo’n eeuwigdurende wil tot je verbeelding heeft gesproken, volgt de vraag: hoe houd je dat vuur, die onwankelbare en eeuwigdurende wil brandende? Welk soort brandstof is vereist?

Een nader onderzoek van de materiële gerechtigheid (*iustitia*), verwoord als ieder het zijne (*suum cuique*), laat zien dat het niet zozeer erom gaat dat individu A het zijne krijgt, maar dat hij dat krijgt in zijn verhouding tot B, die naast een rechtsverhouding met A rechtsverhoudingen heeft met C, D, E enzovoort. De onderlinge verhoudingen tussen personen leiden tot een gecompliceerd beeld. Dat beeld wordt nog gecompliceerder als de maatschappelijke omstandigheden waarin deze personen leven erin worden verwerkt. De rechtsverhouding van individuen is niet los te denken van de samenleving waarin zij tot stand komt. Deze samenleving berust op culturele, economische, politieke uitgangspunten, op beginselen van persoonsbescherming, van vrijheid en vertrouwen, van doelmatigheid en effectiviteit. Dergelijke algemene belangen en doelen verschillen dikwijls sterk van het individuele belang van een bepaalde persoon en zijn evenmin als de individuele verhoudingen monolithisch.² Nationale staten, de Europese Unie en internationale entiteiten hebben ieder voor

* Carla Sieburgh is hoogleraar Burgerlijk recht, in het bijzonder de Europeesrechtelijke aspecten hiervan, aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

1 Digesten 1,1,10: Gerechtigheid is de onwankelbare en bestendige wil om ieder zijn recht te doen toekomen. J.E. Spruit e.a. (red.), *Corpus Iuris Civilis, Tekst en Vertaling II, Digesten 1-10*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1994.

2 C. Sieburgh, ‘Western Law of Contract’, in: M. Bussani & F. Werro (red.), *European Private Law: A Handbook*, Berne: Stämpfli 2009, p. 188-194; C. Sieburgh, ‘The Principle of Social Conformity’, in: K. Boele-Woelki & W. Grosheide (red.), *The Future of European Contract Law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2007, p. 115-132. Vgl. D. Schiek, ‘Broadening the scope and the norms of EU gender equality law: towards a multidimensional conception of equality law’, *MJ (Maastricht Journal)* 2005/4, p. 433 e.v.

zich belangen en die belangen verschillen van gerichtheid: milieu, consumentenbescherming, een open markt, fundamentele rechten. Voorbeelden van de diversiteit van het algemene belang zijn de invloed die het Europese recht heeft op het recht van de lidstaten, de invloed die het internationale recht heeft op zowel het Europese recht als het recht van nationale origine, enzovoort. Het algemene belang dat besloten ligt in het onder meer door het EVRM beschermde recht om te staken kan in strijd zijn met het algemene belang dat wordt nagestreefd met de Unierechtelijke vrijheden om diensten te verlenen of zich te vestigen.³ *Suum cuique* lijkt vrij simpel maar zodra ten aanzien van een concrete casus in detail wordt getreden, doemt een gecompliceerd en ongestructureerd beeld op.

2. Beginselen als middel om te komen tot materiële ‘iustitia’

De realiteit is derhalve dat in meer verfijning moet worden nagegaan hoe we vat kunnen krijgen op de idee van gerechtigheid. De *iustitia* (gerechtigheid) moet van inhoud worden voorzien. Een van de wijzen om dat te bewerkstelligen is door beginselen te gebruiken. Ik citeer Radbruch: ‘die Gerechtigkeit bedarf, sollen aus ihr Sätze richtigen Rechts abgeleitet werden können, der Ergänzung durch andere Grundsätze’.⁴

3. Verbinding van meer rechtslagen

3.1 Functie van beginselen: twee patronen

Tijdens het bestuderen van de rol die beginselen hebben voor gevallen die door verscheidene rechtslagen worden beheerst (bijvoorbeeld privaatrecht, Europese Unierecht en fundamenteel recht), werd mij duidelijk dat beginselen op twee manieren een rol kunnen spelen. De eerste is te vinden in het klassieke burgerlijke recht: beginselen functioneren in een systeem met gedetailleerde, verfijnde en uitgekristalliseerde regels en bieden ter vervolmaking van dat systeem een mogelijkheid tot uitleg, aanvulling en beperking (zie onder paragraaf 4). Het tweede patroon valt te herkennen in het Europese Unierecht, waarin de genererende kracht van beginselen een noodzakelijke bron is voor de uitbouw van een jong systeem en voor de ontwikkeling van meer gedetailleerde regels (zie onder paragraaf 6.1 en 6.2).⁵ De positie van de beginselen waaraan wordt gerefereerd verschilt wat betreft het accent dat eraan wordt gegeven en de urgentie die ze hebben voor het debat.

3 HvJ EG 11 december 2007, C-341/05, *Laval/Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, Jur. 2007, p. I-11767; HvJ EG 18 december 2007, C-438/05, *ITWF/Viking*, Jur. 2007, p. I-10779. Vgl. HvJ EG 12 juni 2003, C-112/00, *Schmidberger/Republik Österreich*, Jur. 2003, p. I-5659; HvJ EG 14 oktober 2004, C-36/02, *Omega Spielhallen/Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, Jur. 2004, p. I-9609.

4 G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Stuttgart: Koehler Verlag 1956, p. 127.

5 T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, onderscheidt drie functies van beginselen (uitlegging, beperking, aanvulling). Naast deze drie functies onderscheid ik de genererende functie.

3.2. Verbinding door verwijzing naar beginselen

Om verschillende rechtsgebieden succesvol te verbinden is het van belang zich bewust te zijn van de verschillen in benadering van beginselen (zie onder paragraaf 5, 6.1 en 6.2). Voor het privaatrecht is het belangrijk om zijn positie te bepalen met betrekking tot de invloed die het Europese Unie-recht heeft. De doelen van een privaatrechtelijke bijdrage aan het Europese Unie-recht zijn naar mijn mening dat privaatrecht geïntegreerd wordt in het Europese Unie-recht door zich te richten naar de doelen en beginselen van het Europese Unie-recht, dat met het privaatrecht verbonden argumenten deel uitmaken van de ontwikkeling, de verfijning en de perfectie van het Europese Unie-recht, dat het privaatrecht een soepel functionerend deel blijft van het meergelaagde recht, dat het privaatrecht zijn vermogen om op een min of meer voorspelbare manier ieder het zijne te doen toekomen behoudt en dat het om die reden zijn rol in de ondersteuning van de effectiviteit van het Europese recht ontwikkelt en dat actoren in het Europese Unie-recht (bijvoorbeeld Hof van Justitie en wetgever) zich meer bewust worden van de invloed die het Europese Unie-recht heeft op het privaatrecht en dat zij die invloed in overweging nemen in rechtspraak en wetgeving. Om deze doelen te bereiken moet tweerichtingsverkeer tussen het Europese Unie-recht en het privaatrecht tot stand worden gebracht. Om vanuit het privaatrecht passende reacties op de invloed van het Europese Unie-recht te formuleren is het van belang de karakteristieken te onderscheiden van het concrete beginsel dat door het Europese Unie-recht gebruikt wordt (zie onder paragraaf 7.1) en om de privaatrechtelijke reactie hierop toe te snijden (zie onder paragraaf 7.2).

4. Rol van beginselen in het privaatrecht

Om te beginnen licht ik de hedendaagse functie toe van beginselen in verband met de gedachte van gerechtigheid in het privaatrecht.

Het hedendaagse privaatrecht is een deel van het recht dat gedurende eeuwen is geëvolueerd. Wellicht hebben ruim geformuleerde beginselen 2000 jaar geleden richting gegeven aan het beslissen van een concrete zaak, tegenwoordig beheersen regels uit wetboeken of jurisprudentie privaatrechtelijke gevallen. De toepasselijke regels zijn steeds verder verfijnd en gepreciseerd. Ter illustratie verwijs ik naar de gedetailleerde regels die een overeenkomst beheersen. Beginselen zijn niet de eerste rechtsbron waarnaar wordt verwezen ter beantwoording van een contactenrechtelijk vraagstuk.

Een voorbeeld is de juridische benadering van een overeenkomst die in strijd is met de goede zeden of met dwingend recht. Als de toepasselijke regels van privaatrecht meebrengen dat een dergelijke overeenkomst nietig is en dat de prestaties over en weer ongedaan gemaakt moeten worden óf dat de situatie moet blijven zoals zij wordt aangetroffen, dan worden deze regels toegepast. Slechts als er gerede twijfel is over de door toepassing van deze regels bereikte oplossing, wordt gerefereerd aan de onderliggende beginselen.

In de evolutie van het privaatrecht zijn derhalve vier functies van beginselen aan te treffen: (1) in het verleden zijn beginselen een bron geweest om concrete regels te genereren (genererende rol). Zodra een systeem van concrete, samenhangende regels bestaat, worden beginselen gebruikt om (2) een interpretatie, uitleg of betekenis te geven aan regels (uitleggende rol), om (3) kleine leemtes op te vullen (aanvullende functie) en om (4) de gevolgen van de toepasselijke regels te corrigeren (derogerende of beperkende functie). Gevallen waarin beginselen wezenlijk nieuwe regels genereren, zien we zelden.

Beginnelsen dienen dus vooral om zin te geven aan geldende regels, om argumenten te geven voor gekozen oplossingen, om inzicht te geven in een redenering en om aanknopingspunten te bieden voor kritiek. Een voorbeeld hiervan is dat de regel dat onverschuldigd betaalde prestaties ongedaan gemaakt moeten worden, gezien het *nemo auditur*-beginsel buiten toepassing blijft.⁶ Op grond van het *nemo auditur*-beginsel wordt degene die zich blijkens zijn vordering tot ongedaanmaking op zijn eigen onoirbare, schandelijke gedrag beroept, niet door de rechter gehoord. De vordering tot terugbetaling wordt afgewezen.

Geldt daarentegen niet de wederzijdse ongedaanmaking maar de *nemo auditur*-gedachte als regel, dan zal een beroep door de partij die het initiatief heeft genomen tot het sluiten van de verboden overeenkomst op de schandelijkheid van haar wederpartij worden afgewend op grond van het verrijkingsbeginsel, het *in pari delicto*-beginsel of de eigen schuld (zie *Courage/Crehan*).⁷

Deze voorbeelden laten zien dat in de standaard privaatrechtelijke gevallen beginselen dikwijls een middel zijn om het oordeel toe te snijden op alle details van het concrete geval en daardoor de uiterste verfijning te bereiken. Zo bezien hebben beginselen een zweem van luxe. Waarom is het nodig om toepasselijke regels begrijpelijker uit te leggen, om het systeem nog verder ten einde te denken of de resultaten van een toch al verfijnde regel nog eens te corrigeren? Dit een en ander kan bovendien de rechtszekerheid te zeer bedreigen.⁸ Zijn beginselen in het privaatrecht eigenlijk de (te) luxueuze speeltjes van pieteputerige hoogleraren?

5. Probleem: overbruggen van verschillende delen van het recht

Met het stellen van die laatste vraag is het moment aangebroken waarop de lezer wakker moet schrikken. In het hedendaagse privaatrecht en, meer algemeen, in het hedendaagse recht, kan men zich niet meer de luxe permitteren om de mogelijkheden die beginselen bieden te beperken tot puur privaatrechtelijke casus. Ieder deel van het recht is onderdeel van een meerlagig systeem waarin rechtsbronnen, bijvoorbeeld afkomstig van internationale organisaties, de Europese Unie,

6 Zie art. 15:104 PECL; art. II.-7:303 en art. VII.-6:103 Ontwerp-GRK.

7 HvJ EG 20 september 2001, C-453/99, *Courage Ltd./Crehan*, Jur. 2001, p. I-6297.

8 G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Stuttgart: Koehler Verlag 1956, p. 353 beschrijft rechtszekerheid terecht als een deel van gerechtigheid (Gerechtigkeit), met als gevolg dat gerechtigheid niet met zichzelf in strijd kan zijn.

de mensenrechtenverdragen en de nationale stelsels op elkaar inwerken. Het landschap gevormd door de regels die van toepassing zijn op concrete casus is veranderd. Beginselen hebben in het krachtenveld van de verschillende bronnen voor geldend recht een andere rol.

De vraag is hoe daarmee om te gaan. Dat is een vraag naar de methode waarmee de confrontatie van bijvoorbeeld het privaatrecht en het Europese recht in banen kan worden geleid.⁹ Hoe verhoudt zich het privaatrecht dat een oud, tot in de details uitgewerkt systeem kent, dat gericht is op particulieren en hun autonome ontplooiing beoogt te faciliteren en een ten onrechte verstoord evenwicht in onderlinge vermogensposities beoogt te herstellen en gericht is op de vermogenspositie van particulieren tot het Europese recht dat een relatief jong systeem is, waarvan de regels nog niet gedetailleerd zijn, dat aanmerkelijke leemten kent, dat beleidsdoelen zoals een open markt kent en dat niet is gericht op privaatrechtelijke rechtsverhoudingen?

Chargerend gezegd kijken civilisten vooralsnog met lede ogen toe. Enig krachteloos passief verzet is waarneembaar. Een ferm standpunt, opbouwend dan wel kritisch, wordt nauwelijks ontwikkeld.¹⁰ Voor het administratieve recht is het contact tussen het systeem van nationale origine en het Europese recht aan het einde van de twintigste eeuw tot stand gebracht. Voor het civiele recht moet zo'n brug er ook komen. Hoe kan zij worden geslagen?

6. Rol van beginselen in het Europese Unie-recht

6.1 Kenmerken van Europese Unie-recht

Om zich een beeld te kunnen vormen van een mogelijk bouwproces kan het Europese Unie-recht worden vergeleken met een middeleeuwse landkaart. Daarop hebben de net ontdekte werelddelen merendeels vage contouren. Op sommige plaatsen is reeds in meer detail bekeken hoe het ontdekte land eruit ziet en is enigszins bekend welke toppen, dalen, rivieren, bossen en vlaktes op de kaart ingetekend kunnen worden. Voor de rest moet het in meer detail worden bereisd en ontdekt.

Hoe gaat het verfijnen van de landkaart van het Europese Unie-recht in zijn werk? Het Europese Unie-recht gebruikt beginselen, zoals voorrang, directe werking, gelijkheid, gelijkwaardigheid en effectiviteit.¹¹ Dit zijn dikwijls publiekrechtelijke

9 Daarnaast laat zich de vraag stellen naar de legitimiteit van de inwerking en doorwerking van de verschillende bronnen van geldend recht. Zij is belangrijk, maar komt in deze bijdrage niet aan de orde. Zie hierover C.H. Sieburgh, 'Legitimiteit van de confrontatie van Europees recht en burgerlijk recht van nationale origine', in: *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, Preadviezen 2011*, Kluwer: Deventer 2011, p. 187 e.v.

10 Vgl. de resultaten van the HiIL Research Project *National Judges as European Union Judges*: <www.hiil.org/research/main-themes/highest-courts/research-project-national-judges-as-european-union-judges/>.

11 T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 17-18: 'Lacunae are more likely to arise in Community law, especially in the early stages in its development, since it is a new legal order. Community law simply lacks the accumulated judicial experience, buttressed in case law, that national legal systems possess. The need to feel gaps

beginselen. Maar het Europese recht refereert ook aan privaatrechtelijke beginselen zoals contractsvrijheid,¹² *pacta sunt servanda*,¹³ *rebus sic stantibus*,¹⁴ verrijking,¹⁵ *nemo auditur*,¹⁶ *venire contra factum proprium*, *in pari delicto*,¹⁷ rechtsmisbruik,¹⁸ ongedaanmaking¹⁹ en schadevergoeding.²⁰ Het gebruik van deze beginselen betreft geen luxe maar noodzaak. De beginselen worden niet gebruikt om kleine verfijningen toe te passen of geringe gebreken van een gedetailleerd systeem bij te vijlen. Integendeel. De beginselen zijn de bouwstenen waarmee dit deel van het recht van de grond af wordt opgetrokken en uitgebouwd.²¹ Zij genereren het systeem.

6.2. Genererende rol van beginselen voor Europese Unie-recht

In dit genererende proces gebeuren wel eens dingen die diep ingrijpen in de langer bekende systemen en daarmee weerstand wekken. Denk aan de werking van het algemene Unierechtelijke beginsel van gelijkheid.²² Door een regel van nationale

is exacerbated by the distinct characteristics of the Community legal order. Community law is not only a new legal order but also a novel one in the sense that it has no historical precedent or indeed contemporary equivalent. It represents a new development in the law of international organizations. Also the EC Treaty is a *traité cadre*. It provides no more than a framework. It is rampland with provisions overpowering in their generality and uses vague terms and expressions which are not defined.'

- 12 HvJ EG 10 juli 1991, gevoegde zaken C-90/90 en 91/90, *Neu/Secrétaire d'Etat à l'Agriculture et Viticulture*, Jur. 1991, p. I-3617, par. 12; HvJ EG 9 maart 2006, C-499/04, *Werhof/Freeway Traffic Systems*, Jur. 2006, p. I-2397, par. 23; HvJ EG 22 maart 2007, C-437/04, *Commissie/België*, Jur. 2007, p. I-2513, par. 51; HvJ EG 5 oktober 1999, C-240/97, *Kingdom of Spain/Commissie*, Jur. 1999, p. I-6571, par. 99-100, HvJ EG 18 juli 2007, C-277/05, *Société thermale/Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, Jur. 2007, p. I-6415, par. 24.
- 13 GvEA 25 mei 2004, T-154/01, *Distilleria Palma/Commissie*, Jur. 2004, p. II-1493, par. 45.
- 14 GvEA 21 september 2005, T-306/01, *Ali Yusuf/Raadl*, Jur. 2005, p. II-3533, par. 277.
- 15 HvJ EG 10 juli 1990, C-259/87, *Griekenland/Commissie*, Jur. 1990, p. I-2845; GvEA 16 november 2006, *Masdar/Commissie*, Jur. 2006, p. II-4377; HvJ EG 16 december 2008, C-47/07P, *Masdar/Commissie*, Jur. 2008, p. I-9761, par. 44.
- 16 HvJ EG 20 september 2001, C-453/99, *Courage Ltd./Crehan*, Jur. 2001, p. I-6297, par. 31; HvJ EG 7 februari 1973, 39/72, *Commissie/Italië*, Jur. 1973, p. 101, par. 10.
- 17 HvJ EG 20 september 2001, C-453/99, *Courage Ltd./Crehan*, Jur. 2001, p. I-6297, par. 31.
- 18 HvJ EG 9 maart 1999, C-212/97, *Centros*, Jur. 1999, p. I-1459; HvJ EU 22 december 2010, C-303/08, *Land Baden-Württemberg/Bozkurt*, Jur. 2010, p. I-13445.
- 19 HvJ EG 9 november 1983, C-199/82, *Amministrazione delle Finanze/San Giorgio*, Jur. 1983, 3595; GvEA 10 oktober 2001, T-171/99, *Corus/Commissie*, Jur. 2001, p. II-2967; HvJ EG 21 september 1983, C-205-215/82, *Deutsche Milchkontor/Duitsland*, Jur. 1983, 2633; HvJ EG 20 maart 1997, C-24/95, *Land Rheinland-Pfalz/Alcan*, Jur. p. I-1591; HvJ EG 17 juli 1997, C-242/95, *GT-Link/Danske Statsbaner*, Jur. 1997, p. I-4449; HvJ EG 20 september 2001, C-453/99, *Courage Ltd./Crehan*, Jur. 2001, p. I-6297.
- 20 Art. 340 VWEU; HvJ EG 19 november 1991, C-6/90, *Francovich/Italië*, Jur. 1991, p. I-5357; HvJ EG 5 maart 1996, C-46/93, *Brasserie du Pêcheur/Duitsland*, Jur. 1996, p. I-1029; HvJ EG 20 september 2001, C-453/99, *Courage Ltd./Crehan*, Jur. 2001, p. I-6297.
- 21 Zie K. Lenaerts & J.A. Gutiérrez-Fons, 'The constitutional allocation of powers and general principles of EU law', CMLR 47/2010, p. 1631 (onder verwijzing naar Tridimas, *The General Principles of EU Law*, 2006, p. 18): "As a *traité cadre*, the TFEU provides no more than a framework." Its provisions are broadly drafted, vesting the ECJ with wide powers to develop a "common law" that prevents constitutional or legislative gaps from impeding the achievement of union objectives. General principles are without doubt the most salient example of "federal common law".
- 22 Zie uitgebreid over de werking van dit Unierechtelijke beginsel in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen C.H. Sieburgh, 'Het Unierechtelijke beginsel van gelijkheid en zijn inwerking op het burgerlijk recht', WPNR 6901/2011, p. 798 e.v.

origine aan dat beginsel te toetsen, wordt het ontbreken van directe horizontale werking van een richtlijn omzeild. Voor een concrete casus had dat tot gevolg dat een werkgever (Helm) die zich hield aan de Duitse nationale wet en die was vormgegeven om te voldoen aan het Europese recht, in zijn privaatrechtelijke verhouding met zijn werknemer (Mangold) werd geconfronteerd met de gevolgen van het feit dat de nationale wet in strijd was met het algemene beginsel van unierecht. Het algemene Unierechtelijke beginsel van gelijkheid heeft de wilde aantrekkingskracht van een ruwe diamant. Bijna tastbaar is de verbaasde reactie van degenen die de effecten voor het privaatrecht gadeslaan. Effecten waaraan noch de verwijzende rechter, noch het Hof van Justitie enige aandacht heeft besteed, maar die pertinent zijn en de rechtsverhouding ingrijpend veranderen. Helm, die werknemer Mangold voor bepaalde tijd in dienst had genomen, had hem 'bij nader inzien' voor onbepaalde termijn in dienst. Deze krachtige werking verbaast hen die gewend zijn aan de voor-spelbare glinsteringen van een geslepen diamant met glanzende facetten en die nu oog in oog staan met de schoonheid van een nog nauwelijks op de aarde veroverde onbewerkte diamant.

De verrassing wordt veroorzaakt doordat het Hof van Justitie een nieuw algemeen beginsel ontwikkelt (het verbod van discriminatie) en door de ingrijpende consequenties die volgen uit een kettingreactie die in gang wordt gezet door een bestaand onderdeel van het Europese Unie-recht, namelijk de rechtmatigheidstoetsing. Het Hof van Justitie ging niet in op logisch mogelijke maar verstrekkende consequenties van de ontwikkeling van nieuwe beginselen. In de tussentijd weten we dat Mangold geen 'slip of the pen' is geweest. De enorme genererende kracht van algemene beginselen van Unierecht wordt algemeen onderkend, zij het niet altijd toegejuicht.²³

Het is onvermijdelijk dat een systeem zijn eigen cement samenstelt om meer concrete regelgeving te kunnen geven, om bestaande wetgeving uit te leggen en om de werking van de toepasselijke regels te kunnen beperken; de functies van beginselen die ik hiervoor heb onderscheiden. Daarnaast is het duidelijk dat in de ontwikkeling van de Europese Unie de genererende en de aanvullende werking van beginselen uitermate belangrijk zijn.²⁴ Het is noodzakelijk dat het privaatrecht bij deze ontwikkeling betrokken raakt. Aan de ene kant is het noodzakelijk om een rol van betekenis te spelen in de ontwikkeling van integratie, en aan de andere kant is het belangrijk dat de inspanningen om het Unierecht inhoudelijk mede te scheppen en te ontwikkelen, streven naar een situatie waarin het Europese Unie-recht acht slaat op het privaatrecht.

²³ Zie (kritisch) E. Spaventa, 'The Horizontal Application of Fundamental Rights as General Principles of Union Law', in: A. Arnulf e.a. (red.), *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, Oxford: Hart Publishing 2011, p. 199 e.v.; M. Dougan, 'In Defence of Mangold?', in: A. Arnulf e.a. (red.), *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, Oxford: Hart Publishing 2011, p. 219 e.v.; O. Mörsdorf, *Unmittelbare Anwendung von EG-Richtlinien zwischen Privaten in der Rechtsprechung des EuGH*, EuR 2009, p. 219 e.v.

²⁴ Zie over de zogenoemde 'gapfilling function' (aanvullende functie) T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 18; K. Lenaerts & J.A. Gutiérrez-Fons, 'The constitutional allocation of powers and general principles of EU law', *CMLR* 2010/47, p. 1631.

7. Beginselen als middel om privaatrecht en Europese Unie-recht te overbruggen

Om een brug te kunnen slaan tussen Europese Unie-recht en privaatrecht is het van belang het verschillende niveau van detaillering onder ogen te zien bij gebruik van beginselen in een zuiver privaatrechtelijk vraagstuk en in een vraagstuk dat door zowel het Europese Unie-recht als het privaatrecht wordt beheerst. De genererende functie van beginselen in een nieuw systeem zoals het Europese Unie-recht impliceert dat naar een beginsel wordt verwezen op een niet gedetailleerde wijze. Een verwijzing naar zo'n beginsel op het terrein van het privaatrecht zal veeleer gericht zijn op vergaande verfijning. De vraag is dan ook hoe de beide vormen van gebruik van beginselen met elkaar te verbinden. De (reeds in paragraaf 3.2. genoemde) doelen van die verbinding zijn dat privaatrecht geïntegreerd wordt in het Europese Unie-recht door zich te richten naar de doelen en beginselen van het Europese Unie-recht, dat met het privaatrecht verbonden argumenten deel uitmaken van de ontwikkeling, de verfijning en de perfectionering van het Europese Unie-recht, dat het privaatrecht een soepel functionerend deel blijft van het meergelaagde recht, dat het privaatrecht zijn vermogen om op een min of meer voorspelbare manier ieder het zijne te doen toekomen behoudt en dat het om die reden zijn rol in de ondersteuning van de effectiviteit van het Europese recht ontwikkelt en dat actoren in het Europese Unie-recht (bijvoorbeeld Hof van Justitie en wetgever) zich meer bewust worden van de invloed die het EU-recht heeft op het privaatrecht en dat zij die invloed in overweging nemen in rechtspraak en wetgeving. Deze voorwaarden veronderstellen dat het debat niet slechts de structuur van het privaatrecht volgt en evenmin slechts de structuur van het Europese Unie-recht. Zowel de vereisten die het Europese Unie-recht stelt als de fundamentele uitgangspunten van het privaatrecht, moeten deel uitmaken van het debat. Bijvoorbeeld, in de *Mangold*-casus is het niet voldoende om de technische gevolgen van de vereiste rechtmatigheidstoetsing voor het privaatrecht uit te leggen. Het is belangrijk om door te dringen tot de fundamentele van de Unierechtelijke aspecten en om vervolgens het type gevolgen van het gebruik van de techniek voor de structuur van het privaatrecht te tonen. In de *Mangold*-casus is het probleem mijns inziens niet zozeer gelegen in de toetsing van de in het geding zijnde regel, die een uitzondering was op de algemene regel. Het probleem is veeleer de techniek als zodanig (de toetsing van een regel van nationaal recht aan het algemene beginsel van Unierecht) die in theorie ook voorziet in de mogelijkheid om delen van het privaatrecht te toetsen die wezenlijk zijn voor het systeem van het privaatrecht. Zo kunnen ogenschijnlijk neutrale regels van privaatrecht het maken van onderscheid naar geslacht, ras of etnische afkomst in zich bergen. De verplichte pensioenleeftijd veronderstelt bijvoorbeeld dat het werkende leven zich voltrekt volgens een min of meer gesynchroniseerd patroon.²⁵ Een ander probleem waarvoor de rechtmatigheidstoetsing van nationaal (privaat)recht ons stelt, is het gebrek aan rechtszekerheid

²⁵ D. Schiek, 'Age discrimination before the ECJ – conceptual and theoretical issues', CMLR 2011/48, p. 794-797 met op p. 795: 'The secret model is the trained male manual worker, who starts employment at a young age, but changes employers frequently before achieving a more satisfactory, and stable position.'

dat daardoor kan ontstaan. De rechtsverhouding die in overeenstemming met het nationale recht tot stand kwam, kan bij nader inzien ongeldig zijn. Ik pleit ervoor dat de privaatrechtelijke rechtsleer daarop anticipeert door uitleg te verschaffen over de rechtsgevolgen van een dergelijke rechtmatigheidstoetsing voor concrete rechtsverhoudingen en het Hof van Justitie bijvoorbeeld in overweging geeft de werking van zijn oordeel te beperken in de tijd, aldus dat particulieren slechts na de datum van de beslissing zich daarop kunnen beroepen.²⁶ Een middel om de rechtsonzekerheid, althans wat betreft haar schadelijke gevolgen, te compenseren, is door de als gevolg van de rechtmatigheidstoetsing geschade particulier een vordering te geven op grond van lidstaataansprakelijkheid voor het van kracht laten van een uitgevaardigde wettelijke bepaling die in strijd is met het Unierecht.²⁷

7.1. Mogelijke reacties vanuit het privaatrecht

Bij het denken over en formuleren van een privaatrechtelijke reactie op de wijze waarop beginselen in het Unierecht worden gebruikt, is het behulpzaam om drie categorieën beginselen te onderscheiden. De eerste categorie bevat beginselen die geen privaatrechtelijke wortels hebben, bijvoorbeeld de beginselen van voorrang en directe werking. De tweede categorie omvat beginselen die niet uit het privaatrecht zijn voortgekomen, maar die in een bepaalde zin wel erkend worden in het privaatrecht, zoals de beginselen van gelijkheid, rechtszekerheid en voorzorg. De derde categorie omvat beginselen die hun wortels in het privaatrecht hebben, zoals ongerechtvaardigde verrijking en herstel van schade. De aard van de privaatrechtelijke reactie op het gebruik van beginselen in het Unierecht, wordt mede bepaald door de categorie waartoe het beginsel behoort.²⁸

Als het Unierecht een beginsel van de eerste categorie in stelling brengt, is de interactie tussen EU-recht en privaatrecht gericht op integratie. Uitgaand van de voorrang en directe werking van de regel van Unierecht, dienen de gevolgen van die regel voor het privaatrecht inzichtelijk gemaakt te worden. Vervolgens kunnen inconsistenties met andere beginselen van Unierecht (zoals rechtszekerheid) en/of met beginselen van privaatrecht worden geanalyseerd en uitgewerkt. Zo zou de proactieve doorrekening van de gevolgen van de rechtmatigheidstoetsing in de *Mangold*-casus hebben aangetoond dat een bepaald beding in de overeenkomst nietig is en dat dit in strijd komt met het beginsel van rechtszekerheid. Vervolgens kan die situatie worden getoetst aan de rechtspraak van het Hof van Justitie waarin

²⁶ Vgl. HvJ EG 17 mei 1990, C-262/88, *Barber/Guardian Royal Exchange Assurance Group*, Jur. 1990, p. I-1889, par. 40-44. Vgl. HvJ EU 1 maart 2011, C-236/09, *Test-Achats/Raad*, Jur. 2011, p. I-00773 waarin het tijdstip van het intreden van de door het Hof van Justitie vastgestelde ongeldigheid van een regel in een richtlijn wordt uitgesteld.

²⁷ Vgl. Conclusie A-G Cruz Villalón van 18 juli 2013, C-176/12, *AMS/CGT*, onder 79.

²⁸ Omdat EU-recht zowel directe als indirecte effecten heeft voor privaatrechtelijke rechtsverhoudingen en dit zowel in gevallen die wel en niet door EU-recht worden gedekt (bijv. als gevolg van spontane harmonisatie), blijven de tweede en derde categorie van beginselen relevant voor gevallen waarin EU-recht geen directe horizontale werking heeft en/of in gevallen die niet worden bestreken door EU-recht maar waarin op grond van nationaal recht acht wordt geslagen op het EU-recht.

rechtszekerheid binnen een privaatrechtelijke rechtsverhouding een reden was om de uitspraak uitgestelde werking in de tijd te geven.²⁹

Bij het gebruik van beginselen uit de tweede categorie is de interactie tussen privaatrecht en Europese Unie-recht gericht op integratie en (proactieve) anticipatie, waarbij de uitleg van bestaande privaatrechtelijke beginselen en regels een belangrijke plaats inneemt. Deze uitleg kan uit twee elementen bestaan. Het eerste element gaat in op de (in)consistentie van de privaatrechtelijke regel met het beginsel van Unierecht: hoewel zo'n regel niet uitdrukkelijk geformuleerd is op een Unierecht-conforme wijze, kan de regel impliciet (tot op zekere hoogte) conform zijn met het door het Unierecht erkende beginsel. En dergelijke uitleg kan een onnodige rechtmatigheidstoetsing vermijden. Zo zou een serieus onderzoek van het gehele nationale recht in de *Mangold*-casus tot de conclusie hebben kunnen leiden dat van discriminatie geen sprake was. Een rechtmatigheidstoetsing aan het algemene beginsel van Unierecht was dan niet nodig geweest. Het tweede element zet uiteen wat het belang is van het (inconsistente) beginsel van privaatrecht voor de coherentie van het privaatrechtelijke systeem. Als de desbetreffende regel van privaatrecht een belangrijk element is van het privaatrecht, kan het Hof van Justitie in overweging nemen om het af te wegen tegen het beginsel van unierecht. Een dergelijke, meer bewuste afweging, zal de argumentatie, motivering en daarmee het inhoudelijke oordeel van het Hof van Justitie en het uiteindelijke resultaat naar nationaal recht beïnvloeden.

Bij het gebruik van beginselen van de derde categorie is de interactie tussen privaatrecht en Europese Unie-recht gericht op integratie door het gebruikte beginsel in meer detail te vormen en door het te hervormen in het licht van de essentiële elementen van Unierecht. Zodra het Hof van Justitie een dergelijk beginsel ontwikkelt, is het van belang dat actoren die in staat zijn om privaatrechtelijke argumenten en gezichtspunten te ontwikkelen meer doen dan afwachten hoe het Hof het ruwe beginsel zal vormen en polijsten. Privaatrechtjuristen moeten deel uitmaken van dat proces en medeschepers en mede-ontwikkelaars worden van zo'n beginsel. Zo is het beginsel van ongerechtvaardigde verrijking sinds lang en in detail onderwerp van privaatrechtelijk debat. Aan zijn Unierechtelijke evenknie kan meer vorm gegeven worden door tot in detail de toepassingsmogelijkheden en -begrenzungen van het beginsel in het privaatrecht toe te lichten en door het in verband te brengen met de effectiviteit van het Unierecht. Deze benadering kan leiden tot een bredere aanvaarding van het verrijkingsbeginsel door het Hof van Justitie, dat het voor privaatrechtelijke rechtsverhoudingen slechts heeft aanvaard in de vorm van de toelaatbaarheid van het doorberekeningsverweer.³⁰

²⁹ HvJ EU 1 maart 2011, C-236/09, *Test Achats/Council*, Jur. 2011, p. I-00773, par. 33.

³⁰ Zie over de betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de EU voor deze interactie C. Sieburgh, 'A Method to Substantively Guide the Involvement of EU Law in Private Law Matters', *ERPL* 2013, p. 1165 e.v.; C. Sieburgh, 'General Principles and the Charter in Private Law Relationships: Constructive and Critical Input from Private Law', in: U. Bernitz e.a. (red.), *General Principles of EU Law and European Private Law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2013, p. 233 e.v.

7.2. Rol van beginselen in de reactie vanuit het privaatrecht

Om de beginselen die in het Unierecht worden gebruikt ook vanuit een privaatrechtelijke invalshoek te integreren, daarop te anticiperen, mede te ontwikkelen en te verfijnen kan het debat profiteren van beginselen van privaatrecht in hun fundamentele, ruwe vorm, vrij van de minieme details die typerend zijn voor de stelsels van privaatrecht van de verschillende lidstaten. Wat van belang is, is de achter de beginselen van privaatrecht schuilgaande argumenten bloot te leggen.³¹ Juist door de funderende argumenten en beginselen van privaatrecht aan te voeren, kan het Hof van Justitie ervan overtuigd raken dat men behalve veeleisend moet zijn ten opzichte van het privaatrecht daar bovendien voorzichtig mee moet zijn. Om het belang van een dergelijke inspanning te onderstrepen verwijs ik naar Timmermans, oud-rechter in het Hof van Justitie: 'De verfijnde analysetechnieken van de privaatrechtelijke expertise met haar rijke traditie worden losgelaten op het Europese recht. Dat blijkt niet alleen verrijkend voor de ontwikkeling van het Europese recht, het kan ook een belangrijke bijdrage leveren aan de effectieve doorwerking van het Europese recht in de nationale rechtsorde.'³²

Naar mijn mening kunnen deelnemers aan dit debat niet primair verwijzen naar de producten van rechtsvergelijkende projecten, zoals GEKR, GRK, PECL, PETL enzovoort. De reden daarvoor is dat deze projecten alternatieve privaatrechtelijke (deel)wetboeken hebben ontwikkeld, bestaand uit gedetailleerde privaatrechtelijke regels. De methode die de projecten hebben gehanteerd is vrijwel uitsluitend privaatrechtelijk van aard. Nationaal privaatrecht en deze producten van rechtsvergelijking hebben gemeenschappelijk dat zij zich niet of slechts in zeer beperkte mate verhouden tot de door het Unierecht gestelde vereisten en doelen (open markt, verkeersvrijheden, non-discriminatie, fundamentele rechten). In een geval als *Mangold* kan het gevolg zijn dat ook die op rechtsvergelijking berustende regels onderwerp zijn van een rechtmatigheidstoetsing en dat de problemen veroorzaakt door die toetsing, te weten het ondermijnen van een goed functionerend rechtssysteem en rechtsonzekerheid voor particulieren, dezelfde blijven.³³

31 Zie in ander verband F. Ranieri, 'Europäische Rechtsgeschichte zwischen Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik, zugleich eine Reflexion über den Weg zu einem Europäischen Zivilrecht', ZEuP 2011, p. 572: 'Es handelt sich hier also nicht allein um die Formulierung einheitlicher Rechtstexte auf dem Gebiet des Privatrechts, sondern vielmehr um das einheitliche Verständnis solcher europäischen Normen. Mit anderen Worten geht es um die Frage der Voraussetzungen für eine Begegnung und Verständigung unterschiedlicher, historisch gewachsener juristischer Argumentationskulturen in Europa. Was wir heute brauchen ist auch hier ein europäischer Rechtsdiskurs.'

32 C.W.A. Timmermans, 'Redactionele signalen, Sociaal-economische wetgeving', Tijdschrift voor Europees en economisch recht (SEW) 2008/9, p. 315.

33 Bijvoorbeeld de Ontwerp Verordening Eenvormig Europees Kooprecht, COM(20635 verwijst met betrekking tot non-discriminatie in preambule par. 28 naar het recht van de lidstaten. In dit opzicht verschilt de Ontwerp Verordening van het Ontwerp-GRK dat in art. II-2:101-105 voorziet in regels en rechtsmiddelen betreffende overeenkomsten die het discriminatieverbod schenden.

8. Recapitulatie

Een debat dat zowel het Unierecht als het privaatrecht omvat, is niet in staat en evenmin bedoeld om privaatrecht te behoeden voor uitleg, aanvulling of beperking. De doelen van een privaatrechtelijke bijdrage aan het Europese Unie-recht zijn naar mijn mening dat privaatrecht geïntegreerd wordt in het Europese Unie-recht door zich te richten naar de doelen en beginselen van het Europese Unie-recht, dat met het privaatrecht verbonden argumenten deel uitmaken van de ontwikkeling, de verfijning en de perfectionering van het Europese Unie-recht, dat het privaatrecht een soepel functionerend deel blijft van het meergelaagde recht, dat het privaatrecht zijn vermogen om op een min of meer voorspelbare manier ieder het zijne te doen toekomen behoudt en dat het om die reden zijn rol in de ondersteuning van de effectiviteit van het Europese recht ontwikkelt en dat actoren in het Europese Unie-recht (bijvoorbeeld Hof van Justitie en wetgever) zich meer bewust worden van de invloed die het EU-recht heeft op het privaatrecht en dat zij die invloed in overweging nemen in rechtspraak en wetgeving.

Om deze doelen te bereiken moet tweerichtingsverkeer tussen Unierecht en privaatrecht tot stand gebracht worden. De vraag is hoe privaatrechtjuristen – advocaten, rechters en rechtsgeleerden – zich in het debat zouden kunnen mengen. Welke aanpak moet worden gekozen in geval van een confrontatie van een rechtsgebied, het privaatrecht, dat verfijnde regels kent, met Unierecht, dat minder gedetailleerde regels kent en meer berust op concrete doelstellingen die niet in het bijzonder gericht zijn op rechtsverhoudingen tussen particulieren? Met andere woorden, welke aanpak moet worden gekozen wanneer men een systeem dat zich tot in uiterste details heeft ontwikkeld confronteert met een systeem dat zich nog maar sinds enkele decennia ontwikkeld heeft? Hoe deze onderdelen van het recht met elkaar te verbinden?³⁴

Om dat met succes te kunnen doen is het van belang in te zien dat de beide stelsels een verschillende houding aannemen ten aanzien van rechtsbeginselen, als middel bij uitleg, aanvulling of beperking respectievelijk als middel om recht te genereren. Bij het denken over en formuleren van een privaatrechtelijke reactie op de wijze waarop beginselen in het Unierecht worden gebruikt, is het behulpzaam om drie categorieën beginselen te onderscheiden. De eerste categorie bevat beginselen die geen privaatrechtelijke wortels hebben, bijvoorbeeld de beginselen van voorrang en directe werking. De tweede categorie omvat beginselen die niet uit het privaatrecht zijn voortgekomen, maar die in een bepaalde zin wel erkend worden in

34 In dit artikel richt ik mij op de rol van beginselen in de beide delen van het recht en in de interactie tussen deze beide delen. In C. Sieburgh, 'A Method to Substantively Guide the Involvement of EU Law in Private Law Matters', *ERPL* 2013, p. 1165 e.v., betoog ik dat voor een zinvolle uitwisseling tussen beide rechtsgebieden vereist is de klassieke top-down benadering te paren aan een bottom-up benadering. Voorts betoog ik dat het Handvest van de Grondrechten een middel is om de fundamentele privaatrechtelijke argumenten te voorzien van een Unierechtelijke verankering. Zie voor dat laatste ook C. Sieburgh, 'General Principles and the Charter in Private Law Relationships: Constructive and Critical Input from Private Law', in: U. Bernitz e.a. (red.), *General Principles of EU Law and European Private Law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2013, p. 233 e.v.

het privaatrecht, zoals de beginselen van gelijkheid, rechtszekerheid en voorzorg. De derde categorie omvat beginselen die hun wortels in het privaatrecht hebben, zoals ongerechtvaardigde verrijking en herstel van schade. De aard van de privaatrechtelijke reactie op het gebruik van beginselen in het Unierecht wordt mede bepaald door de categorie waartoe het beginsel behoort.

Om beginselen zoals gebruikt in het Unierecht met inachtneming van het privaatrecht te integreren, daarop te anticiperen en een bijdrage te leveren aan de ontwikkeling en verfijning daarvan, kan het debat zijn voordeel trekken uit de privaatrechtelijke beginselen in hun fundamentele, ruwe vorm, vrij van de details die kenmerkend zijn voor de verschillende privaatrechtelijke systemen van de lidstaten. Het doel daarvan is om de achter de beginselen schuilgaande argumenten te tonen en toe te lichten. Voor alle drie de categorieën van beginselen geldt dat de reactie van privaatrechtjuristen op de introductie van beginselen door het Hof van Justitie dient te verschillen van de wijze waarop beginselen normaliter in het privaatrecht worden gebruikt: (afgezien van de aanvullende werking) als een wijze om het bestaande recht te voorzien van details, een soort luxe. Om voldoende tegenwicht te bieden aan de kracht van het gebruik van beginselen in hun ruwe, ongepolijste vorm in het Unierecht, moet het privaatrecht terugkeren naar zijn 'basics', naar de genererende kracht van zijn beginselen – niet gedreven door een verlangen naar luxe maar uit noodzaak.

Het fundamentele voorschrift kan wederom tot voorbeeld strekken: de wens om ieder het zijne te doen toekomen, *sum cuique*. *Sum cuique* is alleen mogelijk als, bijvoorbeeld, het gelijksheidsdenken in acht wordt genomen. Niettemin, slechts door een dergelijk beginsel verder te verfijnen kunnen meer precieze voorschriften en regels, een hogere graad van verfijning in het debat en een wezenlijk en voorspelbaar niveau van rechtvaardigheid tot stand komen. Door terug te keren naar de genererende rol van beginselen in het privaatrecht kunnen privaatrechtjuristen een waardevolle rol spelen en voorzien in voldoende brandstof voor de 'perpetua voluntas', de onwankelbare en eeuwigdurende wil te zoeken naar passende rechtvaardigheid – Unieprivaatrechtelijke rechtvaardigheid.

Fundamentele rechten – een aparte categorie?

Janneke Gerards*

1. Inleiding

Vlak voor de zomer van 2011 deed het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM of Hof) uitspraak in een zaak tegen Nederland, aangespannen door het *Financieele Dagblad* (FD).¹ Het FD wordt dagelijks in de brievenbussen gedaan door krantenbezorgers die in dienst zijn bij een bedrijf waarmee het FD een overeenkomst heeft. Nadat was gebleken dat een aantal van de krantenbezorgers illegaal in Nederland verbleven, kreeg het FD een boete opgelegd op grond van de Wet arbeid vreemdelingen (WAV). Het FD vond dat onredelijk, nu het niets te maken had gehad met het selecteren van de krantenjongens – het had dit nu juist uitbesteed aan een ander bedrijf. Het FD procedeerde dan ook tegen de boeteoplegging, zonder succes. Tot in laatste instantie oordeelden de Nederlandse bestuursrechters dat het begrip ‘werkgever’ in de Wet arbeid vreemdelingen nu eenmaal ruim is gedefinieerd, in de zin dat het daarbij gaat om eenieder die in de uitoefening van een ambt of bedrijf een ander arbeid voor zich laat verrichten. Gelet op de tekst en de wetsgeschiedenis heeft de wet volgens de Afdeling bestuursrechtspraak ook betrekking op de situatie van de krantenbezorgers van het *Financieele Dagblad*.² Niet tevreden met deze uitkomst diende het FD een klacht in bij het EHRM, waar het onder meer stelde dat sprake was van een onvoorzienbare sanctieoplegging die in strijd kwam met het *nulla poena*-beginsel, zoals vastgelegd in artikel 7 EVRM. Het Straatsburgse Hof verklaarde de klacht kennelijk ongegrond. Volgens het Hof was de sanctie voor het *Financieele Dagblad* voldoende voorzienbaar geweest, gelet op de tekst van de wet, gelet op de wetsgeschiedenis en gelet op de manier waarop de wet in de Nederlandse rechtspraak wordt uitgelegd.

Over deze kwestie van het *Financieele Dagblad* is veel discussie mogelijk. Er valt te twisten over het zeer ruime werkgeversbegrip in de WAV en over de redelijkheid van toepassing in situaties waarbij een onderneming er geen weet van heeft dat bij een ingehuurd bedrijf in strijd met de WAV wordt gehandeld. In commentaren bij de

* Prof. mr. J.H. Gerards is hoogleraar fundamentele rechten aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

1 EHRM 28 juni 2011 (ontv.), nr. 577/11, *Het Financieele Dagblad t. Nederland*, EHRC 2011/153, m.nt. Woltjer, JV 2011/403, m.nt. Nan, AB 2012, 15, m.nt. Stijnen.

2 ABRvS 23 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM8823.

uitspraak is daarop dan ook uitgebreid ingegaan.³ Daarbij is echter nauwelijks aandacht besteed aan een ander mogelijk discussiepunt, namelijk de vraag of deze zaak eigenlijk wel betrekking heeft op fundamentele rechten. Het is deze kwestie die centraal staat in deze bijdrage.

2. De alomtegenwoordigheid van grondrechten

Het lijkt mij waarschijnlijk dat de lezer van het voorgaande heeft aangenomen dat het bij de casus van het *Financieele Dagblad* inderdaad gaat om een zaak waarin grondrechten een rol spelen. Lezing van de casus, in combinatie met de wetenschap dat het EHRM er een uitspraak over heeft gedaan, zal bij getrainde juristen vermoedelijk bijna automatisch leiden tot het rubriceren of ‘framen’ van de kwestie in termen van grondrechten. Als deze kwestie wordt voorgelegd, opperen zij dat het hier best wel eens zou kunnen gaan om het eigendomsrecht, of het recht op een eerlijk proces, of het *nulla poena*-beginsel. Inderdaad kan de casus met dat soort rechten in verband worden gebracht, maar toch blijft de vraag wat juristen er nu eigenlijk toe brengt om deze casus te categoriseren in termen van *grondrechten*, en wat de consequenties daarvan zijn.

Dit zijn prangende vragen, zeker nu er tegelijkertijd een nogal groot verschil blijkt te bestaan tussen kwesties als die van het *Financieele Dagblad*, en kwesties die juristen intuïtief als grondrechtenkwesties beschouwen. Als een jurist wordt gevraagd om een voorbeeld te geven van een typische zaak over grondrechten of fundamentele rechten, zeker als de vraag wordt gesteld door een niet-jurist, lijkt het me uiterst onwaarschijnlijk dat hij een zaak zou noemen over de tewerkstelling van illegale krantenbezorgers en de gevolgen daarvan voor de commerciële uitgever van een groot landelijk dagblad. Waarschijnlijk had hij eerder de zaak *Wilders* genoemd, een zaak over preventief fouilleren, of een zaak over onderwijsvrijheid voor bijzondere scholen. En als een jurist gevraagd wordt om een typisch voorbeeld te geven van een mensenrechtenschending, zou hij vermoedelijk een kwestie hebben genoemd die te maken heeft met het folterverbod, met recht op leven en het verbod van genocide, of met misdaden tegen de menselijkheid.

Deze kleine gedachte-exercitie laat zien dat de notie van de fundamentele rechten een groot bereik heeft en dat zij op veel verschillende onderwerpen van toepassing is. Het zal ook genoegzaam bekend zijn dat de reikwijdte van fundamentele rechten in de afgelopen decennia sterk is uitgebreid.⁴ Bijna ongemerkt zijn de grondrechten

3 Zie voor een overzicht van de kritiek op het ruime werkgeversbegrip van het EHRM de annotatie van Stijnen in AB 2012, 15.

4 Zie hierover nader o.m. J.H. Gerards, ‘Fundamental rights and other interests – should it really make a difference?’, in: E. Brems (red.), *Conflicts between Fundamental Rights*, Antwerpen: Intersentia 2008, p. 655-690; C. Wellman, *The Proliferation of Rights. Moral Progress or Empty Rhetoric?*, Boulder: Westview Press 1999; P. Alston, ‘A Third Generation of Solidarity Rights: Progressive Development or Obfuscation of International Human Rights Law?’, *Netherlands International Law Review* 1982, 29, p. 307-322; M.A. Glendon, *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*, New York: The Free Press 1991; Koskeniemi, p. 106. Zie meer specifiek voor het EVRM vooral (kritisch) M. Bossuyt, ‘Should the Strasbourg Court exercise more self-restraint? On the

ieder afzonderlijk rechtsgebied binnengeslopen. De impact van grondrechten op het belastingrecht is zo aanzienlijk geworden dat het *Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten* een kroniek belastingrecht en mensenrechten publiceert.⁵ Ook in het vermogensrecht en het huurrecht wordt in toenemende mate een beroep gedaan op grondrechten en wordt de doorwerking van het EVRM omarmd.⁶ Grondrechten beïnvloeden het erfrecht en het afstammingsrecht,⁷ ze kleuren discussies over persoonsgebonden budgetten en over het elektronisch patiëntendossier, ze begrenzen en sturen beslissingen op ieder terrein van het recht.⁸ Grondrechten zijn langzaam aan eigenlijk overal.

3. Het grondrechtenparadigma

Gelet op deze ontwikkelingen is het niet onredelijk om te betogen dat in onze moderne rechtsorde een grondrechtenparadigma is ontstaan.⁹ Het perspectief van de grondrechten beheerst welhaast iedere juridische discussie en vrijwel alle argumenten en beslissingen worden erdoor gekleurd. Sterker nog, uitspraken zoals die over het *Financieele Dagblad* zijn eigenlijk alleen nog maar te begrijpen als je je realiseert dat grondrechten alomtegenwoordig zijn en dat wij juridische geschillen met groot gemak ‘framen’ als grondrechtzaken.

In zekere zin is die alomtegenwoordigheid mooi. Je kunt bepaald niet tegen grondrechten zijn.¹⁰ Er is brede consensus dat het gaat om belangrijke, zwaarwichtige

extension of the jurisdiction of the European Court of Human Rights to social security regulations’, *Human Rights Law Journal* 2007, 28 (9), p. 321-332; M. Bossuyt, ‘Judges on Thin Ice: The European Court of Human Rights and the Treatment of Asylum Seekers’, *Inter-American and European Human Rights Journal* 2010, p. 47.

5 Zie M. Pauwels, ‘Belastingen en mensenrechtenverdragen: kroniek 2007-2011’, *Nederlands Tijdschrift voor Mensenrechten/NJCM-Bulletin* 2011, afl. 36-6/7, p. 698-724. Zie verder J.C. van Apeldoorn, ‘Het raakvlak tussen de mensenrechten en het insolventierecht – Over de faillissementscurator en de notie “openbaar gezag” uit artikel 8, tweede lid, EVRM’, *Nederlands Tijdschrift voor Mensenrechten/NJCM-Bulletin* 2010, afl. 35-4, p. 371-387.

6 Zie voor dit laatste in het bijzonder G.F. van Maanen, ‘De impact van het EVRM op het privaatrecht. Een grote ver-van-mijn-bedshow?’, in: *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?*, Preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht 2011, Deventer: Kluwer 2011, p. 9-70; zie verder onder meer S.D. Lindenberg & I. Tillema, *Fundamentele rechten en het vermogensrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

7 Daarover onder meer A.J.M. Nuytinck & J.J.M. Grapperhaus, ‘Bescherming van zwakkere personen, de zogenaamde “personae miserabiles”, in het familie(vermogens)recht, in het bijzonder het belang van het kind’, *Ars Aequi* 2008, p. 861-885.

8 De mate van beïnvloeding kan natuurlijk verschillen tussen de uiteenlopende terreinen. Naar de mate, de aard en de intensiteit van doorwerking van fundamentele rechten wordt momenteel aan de Radboud Universiteit Nijmegen een onderzoeksproject uitgevoerd, onder leiding van Carla Sieburgh en Janneke Gerards, onder de werktitel *De invloed van de fundamentele rechten op het materiële recht*; zie Janneke Gerards, Carla Sieburgh (red.), *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer: Kluwer 2013.

9 M. Galenkamp, ‘Multiculturele rechten of multiculturele “manners”?’, in: E. Feteris e.a. (red.), *Gewogen oordelen. Essays over argumentatie en recht*, Amsterdam: Boom Juridische uitgevers 2012.

10 Er zijn overigens wetenschappers die de nodige scepsis vertonen jegens grondrechten; zie voor een mooi overzicht M.B. Dembour, *Who Believes in Human Rights? Reflections on the European Convention*, Cambridge: Cambridge University Press 2006, p. 249 e.v.; vgl. ook C. Douzinas, *The End of Human Rights: Critical Legal Thought at the Turn of the Century*, Oxford: Hart 2010, p. 12.

rechten, die goed moeten worden beschermd. We koppelen grondrechten bovendien automatisch aan positieve noties van rechtvaardigheid, vrijheid, waardigheid en gelijkheid. Juist vanwege die perceptie van het bijzondere karakter en het bijzondere belang van grondrechten, zijn we in de afgelopen decennia overgegaan op een sterke juridische waarborging van grondrechten.¹¹ Grondwet en verdragen stellen hoge eisen aan inbreuken op grondrechten, en aan de bestaande grondrechteninstrumenten worden nog steeds nieuwe toegevoegd.¹² Wetsvoorstellen worden getoetst op hun verenigbaarheid met grondrechten,¹³ rechterlijke toetsing van overheidshandelen aan grondrechten is een belangrijke rol gaan spelen,¹⁴ en het EHRM tikt de rechter op de vingers als hij in zijn uitspraak de grondrechten onvoldoende in acht heeft genomen.¹⁵ In meer algemene zin kan bovendien gelden dat rechters meestal strikter toetsen, of toch in ieder geval beter motiveren, als zij worden geconfronteerd met een inbreuk op een grondrecht.¹⁶

- 11 Vgl. G. Beck, 'The Idea of Human Rights Between Value Pluralism and Conceptual Vagueness', *Penn State International Law Review* 2007, 25, p. 615-657, op p. 616 en J.W. Nickel, *Making Sense of Human Rights*, 2e druk, Malden: Blackwell 2007, p. 41-44.
- 12 Het meest recente voorbeeld is uiteraard het EU Handvest voor de Grondrechten, dat sinds 1 december 2009 via art. 6 EU onderdeel uitmaakt van het primaire Unierecht en daarmee bindend is geworden. Ook heeft de Staatscommissie Grondwet in 2010 voorstellen gedaan om het aantal door de Grondwet beschermde grondrechten uit te breiden (zie *Rapport Staatscommissie Grondwet*, Den Haag november 2010, *Kamerstukken II* 2010/11, 31570, nr. 17, bijlage). Daarnaast valt te denken aan de opkomst van allerlei specifieke internationale en Europese grondrechtenverdragen, variërend van het VN-Verdrag inzake personen met een handicap (New York 2006, Trb. 2007, 169) tot allerlei Raad van Europa-verdragen op het terrein van biotechnologie en gegevensbescherming (zie voor een overzicht <<http://conventions.coe.int>>).
- 13 Zie de Aanwijzingen voor de regelgeving (aanwijzing 18), aangevuld met een toetsingskader dat op departementaal niveau kan worden gebruikt om de verenigbaarheid van wetsvoorstellen met grondrechten vast te stellen – zie Integraal Afwegingskader Beleid en Wetgeving, via <<http://afweging.kc-wetgeving.nl/Afwegingsdossier/demo/dossier/kenmerken>>.
- 14 Voor een goed overzicht van deze ontwikkeling, zij het alleen ten aanzien van international verdragen, zie J. de Wit, *Artikel 94 Grondwet toegepast* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012 – zij laat zien dat vrijwel alle vormen van toetsing door de rechter aan internationale verdragen wel te maken hebben met grondrechten. Dat zeer frequent aan grondrechten wordt getoetst kan ook blijken uit een recent onderzoeksproject waarbij de betekenis van rechtsstatelijke noties als die van grondrechten in de legisprudentie en jurisprudentie van de Raad van State is onderzocht – zie J.H. Gerards & W.J.M. Voermans, *Juridische betekenis en reikwijdte van het begrip 'rechtsstaat' in de legisprudentie & jurisprudentie van de Raad van State*, Den Haag: Raad van State 2011. Dit illustreert dat de rechterlijke bescherming van grondrechten een stevige positie heeft gekregen in het Nederlandse recht.
- 15 Bekend zijn vooral de volgende twee voorbeelden: EHRM 13 juli 2004, nr. 69498/01, *Pla & Puncernau t. Andorra*, EHRC 2004/87, m.nt. Brems, NJ 2005/508, m.nt. De Boer en EHRM 16 december 2008, nr. 23883/06, *Khurshid Mustafa en Tarzibachi t. Zweden*, EHRC 2009/17, m.nt. Gerards, NTM 2009, p. 893, m.nt. Verhey, AB 2009, 286, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik, NJ 2010/149, m.nt. Alkema.
- 16 Zie Gerards 2008. Overigens moet dit beeld enigszins worden genuanceerd als nauwkeuriger naar de rechtspraak wordt gekeken, in die zin dat ook in grondrechtenzaken vaak weinig transparant en volledig wordt geargumenteerd; ook laten rechters in bepaalde grondrechtenzaken vaak nog een redelijk ruime beoordelingsvrijheid aan wetgever of bestuursorgaan – zie nader J.H. Gerards, 'Grondrechtentoetsing door de Nederlandse rechter', in: L. de Groot & H. den Tonkelaar (red.), *Rechtsvinding op veertien terreinen*, Deventer: Kluwer 2012. Dit neemt echter niet weg dat rechters meestal alerter en nauwkeuriger zijn als zij met een grondrechtzaak te maken hebben, dan wanneer er een 'gewoon' individueel belang op het spel staat.

4. Het risico van conceptuele onduidelijkheid

Het bijzondere, beschermwaardige karakter van grondrechten heeft geleid tot een zeer sterke rechtsbescherming. Tegelijkertijd is het juist die zware juridische bescherming die maakt dat grondrechten zo vaak worden ingeroepen. De kans dat een zaak wordt gewonnen of dat bepaalde belangen daadwerkelijk worden beschermd, wordt door het grondrechtelijke tintje nu eenmaal groter.¹⁷ Precies op dit punt is er echter een inherente kwetsbaarheid gelegen in het bezien van de wereld door een grondrechtenbril. Er is al eerder gewezen op het risico van inflatie en van verwatering van de betekenis van grondrechten, heel uitgesproken door sceptici als Mary-Ann Glendon.¹⁸ Meestal gaat deze inflatiekritiek over de morele waarde en zeggingskracht van grondrechten, of over het feit dat grondrechten steeds minder waarde hebben als basis voor een goed politiek discours.¹⁹ Mijn eigen zorg is echter een andere, en houdt verband met de betekenis van het concept van de fundamentele rechten voor ons eigen rechtssysteem.²⁰ Naarmate het bereik van de grondrechten verder wordt uitgebreid en meer belangen als 'grondrechtelijk' worden aangemerkt, wordt het steeds lastiger om duidelijk grondrechtelijke belangen te onderscheiden van andere belangen. Daardoor verwatert het onderscheid tussen de beide categorieën en wordt het moeilijk om vol te houden dat grondrechten een zwaardere of sterkere juridische bescherming nodig hebben dan andere rechten en belangen.²¹ Bovendien, zo is wel betoogd, staat conceptuele onduidelijkheid in de

17 Zie nader J.H. Gerards, *Het prisma van de grondrechten*, oratie Nijmegen 2011. Overigens is er, behalve een opportunistisch voordeel voor individuen die zich willen beroepen op grondrechten, ook een meer conceptuele en theoretische reden om het bereik van grondrechten zo ruim mogelijk te willen zien. Alleen een ruim bereik maakt het namelijk mogelijk om goed onderscheid te maken tussen het definiëren van grondrechten en het beperken daarvan. Dat is nodig omdat bij het beperken rekening kan worden gehouden met botsende belangen, terwijl dit geen relevant aspect is bij de vaststelling van de reikwijdte van een grondrecht; zie daarover uitgebreid R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden: Nomos 1985, p. 273 e.v.; D.L. Faigman, 'Reconciling Individual Rights and Governmental Interests: Madisonian Principles versus Supreme Court Practice', *Virginia Law Review* 1992, 78, p. 1521; J.H. Gerards & H.C.K. Senden, 'The structure of fundamental rights and the European Court of Human Rights', *International Journal of Constitutional Law* 2009, 7(4), p. 619-653, op p. 622. Het hierna voor te stellen graduele grondrechtenconcept gaat uit van een meer glijdende schaal van definitie en afbakening van grondrechten, waarbij echter voorop blijft staan dat de definitie van het grondrecht niet wordt bepaald door een belangenafweging, maar door een uitsluitende focus op het grondrecht zelf.

18 Zie Glendon 1991.

19 Zie reeds M. Cranston, 'Human Rights, Real and Supposed', in: D. Raphael (red.), *Political Theory and the Rights of Man*, London: Macmillan 1967, p. 43-53 en Ph. Alston, 'Conjuring Up New Human Rights: A Proposal for Quality Control', *American Journal of International Law* 1985, 78, p. 607-621, p. 614. Vgl. ook Nickel 2006, p. 96-97 en M. Koskeniemi, 'The Effect of Rights on Political Culture', in: Ph. Alston (red.), *The EU and Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 1999, p. 200.

20 Ook daarop hebben anderen al gewezen; zie bijv. Beck 2007, p. 616; zie ook Dembour 2006, p. 5.

21 Vgl. C.R. Beitz, *The Idea of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2009, p. 45: '... if human rights doctrine is to avoid the charge of being no more than an ad hoc collection of values, we must have some coherent conception of the type of objects to which it refers'. Vgl. ook Nickel 2006, p. 53 ('Human rights need strong grounds') en Beck 2007, p. 616 ('... without a normative justification it would remain unclear why human rights should be granted special legal protection, and in the absence of conceptual and legal certainty judges would simply be making policy and law based on value judgments without adequate political legitimacy'). Hart wees in

weg aan rechtszekerheid en aan een rationele discussie over de juridische betekenis van het concept.²²

Ik zou dit willen toelichten aan de hand van een concreet voorbeeld. In de afgelopen jaren heeft het EHRM het eigendomsrecht ruim uitgelegd, zo ruim dat er ook aanspraken op volksverzekeringen onder zijn komen te vallen.²³ Volgens de huidige rechtspraaklijn geldt in feite dat, zodra in een staat wordt besloten dat een bepaald uitkeringsregime in het leven wordt geroepen, dit regime binnen het bereik van het EVRM komt.²⁴ Dat betekent dat een stevige rechtsbescherming wordt geboden. Voldaan moet worden aan alle EVRM-vereisten: alle maatregelen op het terrein van de sociale zekerheid en sociale voorzieningen moeten een legitiem doel hebben, ze moeten op wettelijke grondslag berusten en, voor de praktijk nog veel belangrijker, ze moeten uitdrukking vormen van een redelijke belangenafweging en mogen geen excessieve last voor het individu tot gevolg hebben.²⁵ Daarnaast moet worden voldaan aan eisen zoals die op het terrein van toegang tot rechtsbescherming en het verbod van ongerechtvaardigd onderscheid.²⁶ Bovendien worden door deze rechtspraak extra procesmogelijkheden gecreëerd, in die zin dat in Nederland uitgeprocedeerde rechtszoekenden toegang hebben tot het Straatsburgse Hof. De rechtsbescherming is op dit punt dus aanzienlijk verruimd.

Wat nu van belang is, is dat het EHRM een grens aan het bereik van deze verplichtingen lijkt te hebben getrokken bij uitkeringen die rechtstreeks verband houden

1958 al op het fenomeen dat vrijwel ieder juridisch concept dit soort ‘rafelranden’ heeft, maar ook op het feit dat juist die rafelranden ingewikkeld zijn voor de toepassing van zo’n concept in de praktijk van het recht: ‘There must be a core of settled meaning, but there will be, as well, a penumbra of debatable cases in which words are neither obviously applicable nor obviously ruled out. ... We may call the problems that arise outside the hard core of standard instances or settled meaning “problems of the penumbra”. (...) If a penumbra of uncertainty must surround all legal rules, then their application to specific cases in the penumbral area cannot be a matter of logical deduction, and so deductive reasoning (...) cannot serve as a model for what judges, or indeed anyone, should do in bringing particular cases under general rules. (...) What is it then that makes such decisions correct or at least better than alternative decisions?’ (H.L.A. Hart, ‘Positivism and the Separation of Law and Morals’, *Harvard Law Review* 1958, 71, p. 593-629, p. 607-608).

22 G. Beck, ‘Human Rights Adjudication under the ECHR between Value Pluralism and Essential Contestability’, *European Human Rights Law Review* 2008, 2, p. 214-244, p. 215; vgl. ook Alexy 1985, p. 34.

23 Voor een overzicht van deze ontwikkeling, zie K. Kapuy, ‘Social Security and the European Convention on Human Rights: How an Odd Couple Has Become Presentable’, *European Journal of Social Security* 2007, 9 (3), p. 221-241 en M. Cousins, *The European Convention on Human Rights and Social Security Law*, Antwerpen: Intersentia 2008.

24 Zie voor de start van deze nieuwe lijn EHRM 6 juli 2005 (GK, ontv.), nrs. 65731/01 & 65900/01, *Stec e.a. t. VK*, EHRC 2005/98, m.nt. Pennings, AB 2005, 376, m.nt. Pennings.

25 Voor deze vereisten, zie nader o.m. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht: het Straatsburgse perspectief*, Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht 2005, Deventer: Kluwer 2005, p. 1-101; M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel*, Deventer: Kluwer 2010, hoofdstuk 10; B. Akkermans, ‘Het Eerste Protocol – Artikel 1. Eigendom’, in: J.H. Gerards e.a. (red.), *EVRM Rechtspraak & Commentaar*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, aanvulling 90, 5-2011, p. 1-48.

26 Dit komt vooral door de toepassing van de ‘vastklikmethode’, waarbij alle EVRM-waarborgen van bijv. art. 6 en 14 automatisch worden vastgekoppeld aan de vrijwillige keuze van een staat om bepaalde rechten te beschermen die binnen het ruimere bereik van het EVRM komen; zie daarover nader J.H. Gerards, *EVRM – Algemene beginselen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

met schade die voortvloeit uit oorlogshandelingen.²⁷ In die gevallen geldt dus niet de toegang tot het EVRM, gelden niet de EVRM-waarborgen van proportionaliteit en toegang tot de rechter, en hoeft geen vergaande bescherming te worden geboden tegen ongelijke behandeling. Dit laat zien hoe moeilijk het is om de grenzen tussen grondrechtelijke en niet-grondrechtelijke belangen zuiver te trekken. Natuurlijk zijn er verschillen aanwijsbaar tussen compensatie van oorlogsleed en een uitkering wegens invaliditeit of werkloosheid, maar toch is het lastig uit te leggen waarom het individuele belang van iemand bij een oorlogsuitkering wezenlijk anders is dan het individuele belang van iemand bij kinderbijslag of bij een AWBZ-uitkering, en waarom het laatste belang zoveel sterker zou moeten worden beschermd dan het eerste. In dit soort gevallen lijkt het haast willekeurig te zijn geworden wanneer het zware regime van de grondrechtenbescherming van stal wordt gehaald, en wanneer niet.²⁸

5. Van binair denken naar een gradueel concept

Om de problemen die zijn verbonden aan het verdwijnen van de helderheid van het grondrechtenconcept te voorkomen, is het nodig om het concept van de grondrechten opnieuw te doordenken. Het is zaak om het grondrechtenconcept van een andere invulling te voorzien, op een manier die recht doet aan het bijzondere belang en het bijzondere karakter van de grondrechten, of toch ten minste om op een nieuwe, andere manier tegen het grondrechtenconcept aan te kijken.²⁹ Dit kan natuurlijk door na te denken over praktische methoden om grondrechten duidelijker af te bakenen, bijvoorbeeld door criteria te bepalen om vast te stellen wat nog een grondrechtelijke belang is, en wat niet meer. Gezaghebbende juridische actoren, zoals het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, hebben een belangrijke taak om dergelijke criteria te formuleren.³⁰ Toch lijkt het afbakenen van het concept alleen niet voldoende, als het al mogelijk is.³¹ Daarvoor zijn we al te ver voortgeschreden op het pad van het erkennen van steeds meer rechten als grondrechtelijk. Het paradigma

27 Zie bijv. EHRM 4 september 2007 (ontv.), nr. 45563/04, *Associazione Nazionale Reduci Dalla Prigionia Dall'Internamento e Dalla Guerra di Liberazione* en 275 anderen t. Duitsland; EHRM 8 januari 2008 (ontv.), nr. 9717/05, *Epstein* t. Frankrijk, EHRC 2008/70, m.nt. M. Davidovic; EHRM 12 mei 2009 (ontv.), nr. 14849/08, *Ernewein e.a.* t. Duitsland.

28 Zie kritisch over de selectiviteit van de kwalificatie als grondrecht ook Koskeniemi 2001, p. 107.

29 Ik wil dat niet doen op een sterk theoretische of filosofische manier, maar op een manier die het concept voor het recht en de rechtspraktijk hanteerbaar maakt.

30 Op die mogelijkheid ben ik uitgebreid ingegaan in mijn oratie (J.H. Gerards, *Het prisma van de grondrechten*, oratie Nijmegen 2011); daaraan zal ik hier dan ook verder geen aandacht meer besteden.

31 Hoe het grondrechtenconcept moet worden afgebakend is zelf voorwerp van grote controverse. De keuzen die daarbij worden gemaakt hangen sterk af van de visie die men hanteert op wat grondrechten zijn en wat hun functie is – een natuurrechtaanhanger zal daarbij een heel ander beeld kunnen hebben dan een positivist (zie daarover Dembour 2006, en Beitz 2009, p. 48 e.v.). Doordat er zoveel verschillende visies mogelijk zijn die bovendien deels vrijwel onverenigbaar zijn, zal het welhaast onmogelijk zijn om tot een voor de rechtspraktijk bruikbare lijst van grondrechten te komen; vgl. Alston 1985, p. 616-617. Niettemin zijn er in de theoretische en juridische literatuur heel wat aanknopingspunten voor zo'n afbakening te vinden, die verder

van de grondrechten is gevestigd en het juridische discours wordt beheerst door grondrechtenretoriek. In die omstandigheden is het bijna onmogelijk, en bovendien tamelijk zinloos, om te proberen de geest terug in de fles te stoppen. Als al is erkend dat allerlei eigendomsrechtelijke of procedurele belangen tot de grondrechten moeten worden gerekend en binnen het bereik van artikel 6 EVRM of artikel 1 Eerste Protocol, kunnen we daarvan moeilijk ineens terugkomen. We moeten dus zoeken naar andere oplossingen om om te gaan met het vervagende grondrechtenconcept.

Ik denk dat het daarbij essentieel is om af te stappen van het simpele onderscheid tussen twee categorieën: grondrechten en niet-grondrechten. Patrick Glenn heeft overtuigend laten zien dat het een typische karakteristiek is van de westerse rechtstraditie om sterk binair te denken: iets is waar of niet waar, iets is gegrond of niet gegrond, iets is een grondrecht of niet, *tertium non datur*.³² Wat Glenn ook heeft laten zien, is dat andere rechtstradities flexibeler zijn, dat zij allerlei amorfe tussencategorieën erkennen, en dat onze kenmerkende binaire of bivalente logica vervangen kan worden door vormen van logica die meer ruimte laten voor tussenliggende varianten – Glenn spreekt in dit verband over de mogelijkheden van ‘fuzzy’ of ‘multi-valued’ logic.³³ Ook andere denkers hebben allang geaccepteerd dat juridische concepten zelden een of-of-karakter hebben, maar dat zij omgeven zijn door vaagheden en onzekerheden.³⁴ Ook bij de grondrechten is dit het geval. De oplossing voor de problemen van het vervagende grondrechtenconcept kan er dan ook in zijn gelegen om niet zozeer tot een veel scherpere grens te komen tussen grondrechten en niet-grondrechten, maar om de vaagheid te omarmen en tot uitgangspunt te kiezen.

Vertrekkend vanuit deze gedachte is de uitdaging gelegen in het vinden van een concept dat rekening houdt met het bestaan van een groot grijs gebied tussen heel duidelijk grondrechtelijke belangen en duidelijk niet-grondrechtelijke belangen.³⁵

kunnen worden benut; zie voor pogingen om criteria te definiëren bijv. Cranston 1967, p. 615; Alston 1985, p. 615; Nickel 2006, p. 53 e.v.; Beitz 2009, p. 109.

32 H.P. Glenn, *Legal Traditions of the World*, 4de druk, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 368 e.v. Zie ook C. Sieburgh, *Tertium datur. De niet uitgesloten derde in het burgerlijk recht* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 7 e.v.

33 Glenn 2010, p. 370; zie hierover ook E.S. Adams & T. Spaak, ‘Fuzzifying the Natural Law – Legal Positivist Debate’, *Buffalo Law Review* 1995, 43, p. 85-119, op p. 107 en B. Blair Cook, ‘Fuzzy Logic and Judicial Decision Making’, *Judicature* 2001, 85 (2), p. 70-99, op p. 72. Ook Delmas-Marty heeft de waarde benadrukt van ‘fuzzy logic’ (of, in haar woorden, ‘logique de flou’) als oplossing, maar dan vooral in het kader van het benaderen van problemen van pluralisme: zij geeft aan dat ook het binaire onderscheid tussen hiërarchie (onderwerping van de ene rechtsorde of rechtsnorm aan de andere) en niet-hiërarchie (vormen van coördinatie tussen regels van gelijke rang) opgelost kan worden door te kiezen voor tussengelegen varianten die meer ‘fuzzy’ zijn: M. Delmas-Marty, *Ordering Pluralism. A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World*, vert. N. Norberg, Oxford/Portland: Hart 2009, p. 17-18.

34 Vgl. bijv. Hart 1958, p. 17-18; zie ook Berlin, die stelde dat ‘(...) the knowledge that it is not merely in practice but in principle impossible to reach clear-cut and certain answers, even in an ideal world of wholly good and rational men and wholly clear ideas – may madden those who seek for final solutions and single, all-embracing systems, guaranteed to be eternal. Nevertheless, it is a conclusion that cannot be escaped (...)’ (I. Berlin, *Four Essays on Liberty*, Oxford: Oxford University Press 1969, p. 170).

35 Sterker nog, gesteld kan worden dat het definiëren van uitersten dan vooral bedoeld is om de tussencategorie af te bakenen: ‘Multivalent thinking tells you (...) that (...) opposing principles really only serve to define the field of play. They tell you where to find the middle ground, and there is always a middle ground’, Glenn 2010, p. 379.

Natuurlijk kan dan worden uitgegaan van een concept dat grenzeloos is en geen afbakening kent, en waarbij de kern van de grondrechten naadloos overloopt in de niet-grondrechten. Dat is echter geen oplossing voor het hiervoor geschetste probleem van het ontbreken van afbakening – sterker nog: het ontbreken van enig aangrijpingspunt tot onderscheiding veroorzaakt dit probleem juist. De praktijk kan moeilijk werken met te verfijnde of glijdende schalen. Op basis van dergelijke schalen is het bijvoorbeeld moeilijk vast te stellen wanneer nog wel toegang bestaat tot het EHRM en wanneer niet meer, of wanneer nog wel een volle toetsing van proportionaliteit nodig is, en wanneer niet meer.

Om die reden is er iets voor te zeggen om te kiezen voor een triadische schaal, zoals die in het recht vaker zichtbaar is.³⁶ In zijn rechtspraak maakt het EHRM bijvoorbeeld onderscheid tussen een smalle en een ruime nationale beoordelingsruimte, maar daartussenin erkent het een derde categorie: in veel zaken laat het nationale autoriteiten ‘a certain’ *margin of appreciation*. Op een soortgelijke manier maakt het Amerikaanse Supreme Court onderscheid tussen een terughoudende ‘rational basis test’, een intensieve ‘strict scrutiny test’ en, daartussenin, een ‘intermediate scrutiny test’.³⁷ En Alexy heeft laten zien dat het bij het bepalen van het gewicht van belangen of de intensiteit van de inbreuk daarop nuttig kan zijn om niet alleen zwaarwegende belangen en ernstige inbreuken te onderscheiden, tegenover ‘lichtgewicht’ belangen en minimale inbreuken, maar om ook een tussencategorie te erkennen.³⁸ In plaats van de bivalente logica van het recht erkent deze benadering dat er wel degelijk een derde mogelijkheid is – *tertium datur!*³⁹

Ook voor de grondrechten kan een gradueel concept worden gecreëerd op basis van een triadische schaal. Dit betekent dat een groep van belangen wordt onderscheiden die niet heel duidelijk tot de kern van de grondrechten behoren, maar die ook niet heel duidelijk niet grondrechtelijk van aard zijn. Het gaat dan om de gevallen als die van het *Financieele Dagblad*, om de redelijketermijnoverschrijdingen

36 Vooral Alexy heeft veel gebruikgemaakt van een dergelijke schaal – zie bijv. R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, vert. J. Rivers, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 408. Zie recent ook M. Klatt & J. Schmidt, ‘Epistemic discretion in constitutional law’, *International Journal of Constitutional Law* 2012, 10 (1), p. 69-105, op p. 76, die een dergelijke schaal voorstellen voor het vaststellen van empirische onzekerheid en de daarbij behorende discretie van de regelgever en de toetsing van de rechter. Er zijn verfijndere schalen denkbaar (Blair Cook stelt bijvoorbeeld voor om te werken met vijf subsets: Blair Cook 2001, p. 74), maar die worden al snel lastig toepasbaar (Alexy 2002, p. 408; Klatt & Schmidt 2012, p. 86 (‘Our ability of normative differentiation and, therefore, the knowability of slight normative differences decrease with an increasing refinement of the scales. It is due to this fact that we use only relatively coarse-grained scales in the law’); J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 81-82; J.C. Rutten, ‘Elasticity in Constitutional Standards of Review: *Adarand Constructors Inc. v. Pena* and Continuing Uncertainty in the Supreme Court’s Equal Protection Jurisprudence’, 70 *Southern California Law Review* 591, 1997, p. 632-637.

37 Zie uitgebreid hierover Rutten 1997; Gerards 2002, p. 387 e.v. Hieruit blijkt overigens dat het Supreme Court vaak nog een vierde test erkent (‘rational basis with bite’), als een extra tussenform. Dit bevestigt hoezeer er behoefte kan bestaan aan graduele noties.

38 Alexy 2002, p. 408. Hij wijst er hierbij overigens op dat ook het Duitse Bundesverfassungsgericht zo’n triadisch model hanteert bij het bepalen van de toetsingsintensiteit, waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen ‘intensive review of content’, ‘plausability review’ en ‘evidential review’ (p. 419).

39 Vgl. Sieburgh 2004, p. 9.

waarmee veel mensen worden geconfronteerd, om de verfijnde discussies over gegevensbescherming zoals ze in Nederland vaak worden gevoerd. Dat zijn belangrijke kwesties, maar het is moeilijk ze in de klassieke tweedeling tussen grondrechten en niet-grondrechten een plaats te geven. Het aanvaarden van een tussencategorie kan voor deze kwesties ruimte bieden. Dit lost het ongemakkelijke gevoel op dat wij hebben bij het erkennen van kwesties als die in het *Financieele Dagblad* als volledig grondrechtelijk, maar doet tegelijkertijd recht aan het feit dat in zo'n zaak wel degelijk zwaarwegende, op grondrechten lijkende belangen op het spel staan.

6. Hoe kan een gradueel grondrechtenconcept worden verwezenlijkt?

Het erkennen van een gradueel grondrechtenconcept is één ding, maar de vraag is of zo'n concept voor de praktijk bruikbaar kan worden gemaakt. Ik denk dat dit wel het geval is. Inspiratie hiervoor is bijvoorbeeld te vinden in de Duitse Grondwet, waarin onderscheid wordt gemaakt tussen de in de Grondwet met zoveel woorden benoemde grondrechten en de zogenoemde 'grundrechtsgleiche Rechte' of 'grundrechtsähnliche Rechte'.⁴⁰ Dat zijn geen grondrechten, maar het zijn wel zwaarwegende individuele belangen die een iets hogere bescherming krijgen dan 'gewone' individuele belangen. Het gaat daarbij om rechten als het recht op toegang tot de rechter,⁴¹ het *ne bis in idem*-beginsel,⁴² het recht op gelijke benoembaarheid in de openbare dienst,⁴³ en het kiesrecht.⁴⁴ De 'grundrechtsgleiche' status van deze rechten impliceert voor het Duitse recht dat over aantastingen van deze rechten, net als over de grondrechten, een *Verfassungsbeschwerde* mag worden ingediend bij het Bundesverfassungsgericht.⁴⁵ Tegelijkertijd is discussie mogelijk over de vraag of de vergaande beschermingsvereisten van artikel 19 Grundgesetz erop van toepassing zijn.⁴⁶

Dit voorbeeld roept natuurlijk tal van vragen op, zowel over de precieze juridische consequenties van het erkennen van zo'n tussencategorie als over de vraag of de kwalificatie van bepaalde rechten als 'grundrechtsgleich' nu zo'n gelukkige is. Toch is het voorbeeld nuttig, omdat het laat zien dat het mogelijk is om, op een meer abstract en algemeen niveau, een gradueel concept te ontwikkelen en bruikbaar te maken. De triadische schaal kan daarmee een juridische invulling krijgen, zoals in

40 Zie nader o.m. C. Drews, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG*, Baden-Baden: Nomos 2005, p. 48.

41 Art. 103 Grundgesetz.

42 Art. 103 Grundgesetz.

43 Art. 33 Grundgesetz.

44 Art. 38 Grundgesetz.

45 Zie art. 93 lid 1 Grundgesetz.

46 Drews 2005, p. 51. Over dit laatste bestaat overigens wel discussie – zie ook daarvoor nader Drews 2005, p. 51. Er zijn auteurs die hebben aangegeven dat vrijwel alle beschermingsnormen wel van toepassing zijn; zie B. Pieroth & B. Schlink, *Grundrechte – Staatsrecht II*, 23^{ste} druk, Heidelberg: Müller Verlag 2007, randnr. 52. Ook Drews zelf pleit voor een analoge toepassing, zeker voor die grondrechten die nauw aansluiten bij de in art. 1-19 Grundgesetz uitdrukkelijk benoemde grondrechten, zoals de rechten van gedetineerden in art. 104 Grundgesetz.

het Duitse recht het geval is: voor de tussencategorie is er meer rechtsbescherming dan voor niet-grondrechtelijke belangen, maar de bescherming is niet zo zwaar als die voor de 'echte' grondrechten.⁴⁷ Bovendien laat dit voorbeeld zien dat een gradueel concept ook door verschillende actoren kan worden ontwikkeld en gebruikt. Op een algemeen niveau is het een optie dat de grondwetgever, met zijn bijzondere bevoegdheid en zijn bijzondere capaciteiten om ongeschreven basisregels en fundamentele waarden te codificeren, een overzicht van grondrechten en grondrechtengelijkende rechten in de Grondwet opneemt.⁴⁸ Het voordeel van zo'n operatie is dat deze meteen een herijking kan vormen, waarbij de tot nu toe gegroeide opvattingen over grondrechten fundamenteel kunnen worden gezien en grondrechten en andere rechten opnieuw kunnen worden geclassificeerd. Bij gebreke aan zo'n operatie, of bij het ontbreken van de benodigde consensus om grondrechten op een algemeen niveau te hiërarchiseren, is het denkbaar dat de rechtspraak met een gradueel grondrechtenconcept gaat werken. Het voordeel daarvan is dat per geval, afhankelijk van de feiten en omstandigheden, kan worden bekeken welk type grondrecht zich voordoet en hoe daarmee moet worden omgegaan. In de rechtspraak kan daarbij uitdrukkelijker en vooral met een meer expliciete motivering gebruik worden gemaakt van een triadische schaal, tot uitdrukking komend in toetsingsintensiteit en aan de rechtvaardiging van inbreuken te stellen eisen.⁴⁹

Natuurlijk blijft de vraag of het creëren van een tussencategorie een werkelijke oplossing vormt voor het probleem van conceptuele vaagheid van grondrechten. Deze benadering creëert immers ook weer nieuwe afbakeningsvragen.⁵⁰ Bovendien moet worden toegegeven dat de grenzen tussen 'echte' grondrechten, 'grondrechtengelijkende belangen' en niet-grondrechten niet scherp te trekken zullen zijn.⁵¹ Het aanvaarden van een tussencategorie kan er misschien toe leiden dat

47 Althans, dat kan een mogelijke lezing zijn van art. 19 jo. art. 93 Grundgesetz – in de praktijk lijkt de bescherming tamelijk vergelijkbaar.

48 Dit lijkt op een hiërarchisering en dat is het ook – het betekent bijvoorbeeld dat binnen nu erkende, zeer brede grondrechten aspecten worden onderscheiden die niet tot de werkelijke kern van het grondrecht behoren en daarmee in algemene zin minder bescherming verdienen. Dat is natuurlijk een moeilijke exercitie, zeker nu het niet gemakkelijk zal zijn om op het benodigde abstracte niveau consensus te bereiken over grondrechten en grondrechtengelijkende rechten. Voor zover dat niet mogelijk blijkt te zijn, is er echter nog wel ruimte om bij de toepassing van rechten, dus in concrete gevallen, met een triadische schaal te werken. Zie daarover hierna.

49 Vooral Delmas-Marty heeft het erkennen van verschillende 'gradaties' van toetsingsintensiteit (in de vorm van een ruime, smalle of tussengelegen *margin of appreciation*) in verband gebracht met de 'logique de flou', ofwel het graduele karakter van het grondrechtenconcept – zie M. Delmas-Marty, *Le relatif et l'universel. Les forces imaginantes du droit*, Parijs: Seuil 2004, p. 68-70. Zie voor de mogelijkheid om drie intensiteiten van toetsing te onderscheiden en die te verbinden met verschillende standaarden en criteria voor de beoordeling van grondrechtenzaken ook Gerards 2002, hoofdstuk 7; weliswaar gaat het daar om ongelijke behandeling, maar een soortgelijke benadering kan ook voor andere grondrechten worden gebruikt. Zie daarover nader J.H. Gerards, 'Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine', *European Law Journal* 2011, 17 (1), p. 80-120.

50 Nog steeds is immers een aantal materiële criteria nodig om te classificeren of iets een grondrecht is of behoort tot een van de twee andere categorieën.

51 In mijn oratie heb ik een poging gedaan om aan te geven op welke gronden zo'n afbakening kan worden gemaakt, rekening houdend met de waarden die grondrechten tot uitdrukking brengen (waardigheid, behoefte, democratie, pluralisme, tolerantie enz.) en rekening houdend met

rechters en praktijkjuristen, veiligheidshalve, vrijwel ieder recht in deze tussencategorie zullen onderbrengen. Ook is het voor de oordeelsvorming nog niet voldoende om te bepalen of een grondrecht, een grondrechtengelijkend of een niet-grondrechtelijk belang is aangetast. De intensiteit van de toetsing en de toe te passen rechtvaardigingsvereisten kunnen daarnaast afhankelijk zijn van de ernst van de belangen aantasting.⁵² Voor het individu staat er misschien meer op het spel als sprake is van een zeer ernstige aantasting van een niet-grondrechtelijk belang, dan wanneer sprake is van een minimale aantasting van een grondrecht. De beoordeling door een rechter moet daarmee rekening houden. Daardoor is deze in werkelijkheid nog complexer dan de triadische grondrechtenschaal al laat zien. Eerder lijkt een soort matrix te ontstaan waarin de verschillende gradaties van een grondrecht en de verschillende gradaties van de ernst van de aantasting kunnen worden ondergebracht.

Zelfs als met dergelijke ingewikkeldheden rekening wordt gehouden, biedt een dergelijk complex en gradueel systeem echter nog grote voordelen boven het dichotome denken in grondrechten en niet-grondrechten. Het aanvaarden van een 'fuzzy' grondrechtenconcept houdt rekening met de toegenomen diversiteit van grondrechten en accommodeert dit zelfs door het beschermingsniveau aan te passen aan de omstandigheden van het geval.

7. Besluit

Grondrechten hebben in de afgelopen eeuw aan juridische betekenis gewonnen. De rechtsbescherming is verbeterd en reikwijdte van grondrechten is ruimer geworden. Daarin zijn grote voordelen gelegen, maar er zijn ook risico's en problemen. Naarmate de categorie van grondrechten zich verder uitbreidt tot allerlei individuele belangen die steeds minder duidelijk 'grondrechtelijk' van aard zijn, is het moeilijker vol te houden dat die belangen de zware grondrechtelijke bescherming echt verdienen. Een oplossing voor dit conceptuele probleem kan worden gevonden in een benadering waarbij de klassieke, bivalente logica van het recht wordt losgelaten. Dit betekent dat afstand moet worden genomen van de gedachte dat er geen derde weg is tussen de categorie van de grondrechten en de categorie van de andere rechten, en dat alleen grondrechten een bijzondere bescherming verdienen. Het is denkbaar om in plaats daarvan een gradueel grondrechtenconcept te erkennen,

elementen als consensus en bestaande rechtsopvattingen. Ook elders zijn dergelijke pogingen gedaan (zie Glenn 2010 en Sieburgh 2004).

52 Alexy heeft in zijn formules voor belangenafwegingen rekening met dit element gehouden, vooral in zijn 'Weight Formula'; zie bijv. Alexy 2002, p. 408; het is ook in dat verband dat hij een triadische schaal voorstelt (p. 405). Zie hierover uitgebreid Klatt en Schmidt 2012, p. 73 e.v. Van belang is wel dat Alexy dit element inpast in de fase van *rechtvaardiging* van een inbreuk op een grondrecht, waarbij een belangenafweging moet worden gemaakt. De functie die voor deze bijdrage van belang is, is een andere: hier dient het combineren van het gewicht van een grondrecht met de intensiteit van de inbreuk daarop slechts het doel om te bepalen welke mate en soort van rechtsbescherming van toepassing moet zijn. Pas nadat dit is vastgesteld, kan het ingeroepen recht worden afgezet tegen andere belangen of rechten en kan, anders gezegd, worden bezien of de gemaakte inbreuk op het recht gerechtvaardigd is.

uitgaande van een triadische schaal. Net als in het Duitse recht kunnen er bijvoorbeeld ‘grondrechtengelijke rechten’ worden erkend als tussencategorie. De juridische bescherming van de verschillende rechten kan vervolgens aan die tussencategorie worden aangepast, zodat een betere aansluiting wordt gevonden tussen de aard en het gewicht van de op het spel staande belangen, en de juridische erkenning daarvan. Om nog beter rekening te houden met de bestaande complexiteit en ‘fuzzi-ness’ kan in de praktische beoordeling bovendien aandacht worden besteed aan de ernst van de aantasting, zodat een complex matrixmodel bestaat. Die complexiteit is misschien lastig, maar met deze benadering wordt wel meer recht gedaan aan de werkelijkheid. Het is daarmee gemakkelijker om de zwaarste juridische bescherming voor te behouden aan die gevallen waarin die bescherming werkelijk nodig is en om te rechtvaardigen dat sprake is van externe controle door een Europese rechter. Tegelijkertijd wordt recht gedaan aan de grote tussencategorie van gevallen die niet echt grondrechtelijk zijn, maar wel een grotere bescherming verkrijgen. Daarin is grote waarde gelegen.

2 Techniek en recht – recht en techniek

Privacy in geding: expliciteren, wegen en beperken van belangen

Corien Prins*

I. Inleiding

Vijfendertig jaar geleden ‘haalde’ het toenemende gebruik van persoonsgegevens de Troonrede: ‘Om haar groeiende taken naar behoren te kunnen vervullen heeft de overheid steeds meer informatie nodig. De bewerking van de vele gegevens door computers houdt gevaren in voor de persoonlijke levenssfeer van de burgers. Door middel van nadere regels zal de wet die levenssfeer moeten veiligstellen.’¹ Deze wettelijke regels zijn er inderdaad gekomen en anno 2014 te vinden in de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp). Maar onze samenleving is in vele opzichten wel een volstrekt andere dan vijfendertig jaar geleden. We constateren niet alleen ingrijpende technologische veranderingen, maar ook wijzigingen in de privacymentaliteit alsmede de functie en waarde van informatie. In tegenstelling tot de periode waarin de voorgaande passage werd uitgesproken, vormt gegevensverwerking nu de spil van een geïntegreerde keten van besluitvormingsprocessen, waarbij de aandacht niet alleen uitgaat naar het voorhanden hebben van persoonsgegevens, maar ook naar de kennis die uit deze gegevens kan worden gehaald. Gegevens over personen vormen inmiddels een bindende factor – het cement – tussen een veelheid aan maatschappelijke en economische processen.

Relevant is ook dat de perceptie over privacyinbreuken verandert. Alhoewel het afluisterschandaal rondom de Amerikaanse inlichtingendienst NSA burgers in 2013 kritischer lijkt het te hebben gemaakt, prevaleert in ons dagelijks doen en laten de opvatting dat delen en verspreiden van gegevens fenomenen van deze tijd zijn. Burgers lijken zich – onder het mom van ‘ik heb toch niets te verbergen’ dan wel ‘zonder het verstrekken van gegevens zijn bepaalde diensten niet te verkrijgen’ – nauwelijks af te vragen wat er met hun persoonsgegevens gebeurt. Ogenscheinlijk wordt het als normaal beschouwd dat zij in kwantitatief en kwalitatief opzicht transparanter worden voor niet alleen de overheid en het bedrijfsleven, maar ook vrienden, collega’s en medeburgers. De combinatie van internet en smart phones (voorzien van camerafaciliteiten en een veelheid aan applicaties – apps – voor het delen van beeld en informatie), biedt individuen immers ongekende mogelijkheden om vanaf iedere

* Prof. mr. J.E.J. Prins is hoogleraar recht en informatisering en decaan Juridische Faculteit, Universiteit Tilburg.

1 Handelingen Verenigde Vergadering 1979/80, 18 september 1979, p. 3.

willekeurige locatie tekst, beeld en geluid met een wereldwijd publiek te delen en verder te verspreiden.

Maar ook professionals op de werkvloer is het ogenschijnlijk weinig aan privacy gelegen. Men schildert voorvechters van het grondrecht af als zeurpieten met een naïeve blik op de realiteit van onze samenleving. Mensen die hun kop in het zand steken voor dreigingen als terrorisme, criminaliteit en verloedering van onze samenleving. Het debat over privacy lijkt veelal te worden gevoerd vanuit hoog opgetrokken stellingen, waarbij voor- en tegenstanders elkaar op voorhand in het hokje ‘voor privacy’ en ‘tegen privacy’ plaatsen. En de professionals die wel oog voor privacy hebben, blijken vaak onvoldoende toegerust om handen en voeten te kunnen geven aan een zorgvuldige afweging tussen privacy en andere belangen, zoals veiligheid. Privacybescherming wordt daardoor ervaren als een moeilijk, vervelend en vooral lastig belang.²

Hoopvol temidden van deze situatie is dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) zich nog immer stringent toont in de aan de verwerking van persoonsgegevens te stellen eisen.³ Maar voor de positie van privacy en privacybescherming is meer nodig dan een kritische houding van het Hof dan wel een wettelijke regeling voor de omgang met persoonsgegevens zoals neergelegd in de Wbp. Immers, ook met een wettelijk kader in de hand zal onze sterk gedigitaliseerde samenleving bedrijven, overheid maar ook individuen blijvend uitdagen een balans te vinden tussen privacy enerzijds en andere gerechtvaardigde belangen (veiligheid, fraudebestrijding, efficiëntie, gemak, enz.) anderzijds. De onzekerheid op het terrein van de privacybescherming is de prijs die wij voor onze vrijheid in een democratische samenleving moeten betalen, zo concludeerde vele jaren geleden de oud-president van de Amsterdamse rechtbank, B.J. Asscher.⁴ Toch zijn er wat mij betreft aanknopingspunten te formuleren aan de hand waarvan we aan deze onzekerheid grenzen kunnen stellen. Het onderstaande betoog is een zoektocht naar deze aanknopingspunten en richt zich daarbij specifiek op de omgang met persoonsgegevens, de zogenaamde informatiele privacy.

2. Ontwikkelingen

Ik vertel weinig nieuws met de observatie dat diverse maatschappelijke ontwikkelingen aan de hiervoor geschetste ontwikkeling ten grondslag liggen. Zo hebben niet alleen de gebeurtenissen na 9/11 en daaruit voortvloeiende aandacht voor terrorismebestrijding hun effect gehad op opsporingsbevoegdheden en de rol van

2 Rapport Commissie Veiligheid en Persoonlijke Levenssfeer, *Gewoon doen, beschermen van veiligheid en persoonlijke levenssfeer*, rapport in opdracht van het Ministerie Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en het Ministerie van Veiligheid en Justitie, Den Haag: 22 januari 2009.

3 Zie onder meer: EHRM 1 juli 2008, *Liberty t. Verenigd Koninkrijk*. Besproken in P. de Hert & A. Hoefmans, ‘Rechtspraak in kort bestek. EHRM juli 2008’, *Tijdschrift voor Strafrecht* 2008, nr. 5, p. 412-416; EHRM 17 juli 2008, *I. t. Finland*, EHRC 2008, p. 1136-1140.

4 B.J. Asscher, ‘Privacy kent geen grenzen’, *NRC Handelsblad* 17 januari 1996.

technologie daarbij.⁵ Ook de focus op preventie, proactief doelgroepenbeleid en sociale veiligheid heeft z'n sporen achtergelaten.⁶ En de steeds verfijndere mogelijkheden voor het selecteren, filteren en classificeren van gegevens over consumenten hebben private aanbieders van diensten ongekende commerciële mogelijkheden geboden. De consequenties zijn zichtbaar in de balans tussen veiligheid en privacy, tussen commercie en privacy, de mate van autonomie waarmee individuen hun eigen leven kunnen vormgeven en de stappen die zowel het bedrijfsleven als de overheid zetten om zich tot achter de voordeur met het doen en laten van consumenten en burgers in te laten.

Waar informatie de grondstof is, is techniek het gereedschap om de grondstof aan de oppervlakte te krijgen. Het is daarom niet verwonderlijk dat er een geheel eigen dynamiek ontstaat op het snijvlak van technologische ontwikkelingen enerzijds en uitbreiding van mogelijkheden en ook bevoegdheden tot verwerken van persoonsgegevens anderzijds. Het voert binnen deze bijdrage te ver om op alle technologische ontwikkelingen afzonderlijk in te gaan. Wanneer we verbindende lijnen binnen veel van de ontwikkelingen trachten te ontwaren, zien we dat:

- er steeds meer mogelijkheden komen om grote hoeveelheden verschillende typen gegevens (data, beeld, geluid) over (kenmerken, gedrag en in de toekomst emoties en gedachten van) mensen dan wel groepen van mensen met elkaar in verband te brengen;
- uit grote hoeveelheden gegevens op basis van profielen geheel nieuwe gegevens (kennis) over mensen zijn te genereren (zgn. schatgraven in informatie);⁷
- door verschillende technologische ontwikkelingen en applicaties te combineren mensen in hun gedrag – in plaats, tijd en context – zijn te volgen, sturen en beïnvloeden;
- gegevens die in eerste instantie niets over een individuele persoon zeggen, in combinatie met andere gegevens veel over een specifieke persoon kunnen vertellen;
- een niet in omvang en tijd beperkt geheugen van systemen wordt gecreëerd dat zichzelf (vooralsnog) niet corrigeert, waardoor fouten in principe door de gehele informatieketen heen blijven sijpelen, tenzij daar specifiek (door mensen) actie op wordt ondernomen.

5 Zie bijvoorbeeld het Rapport van de Adviescommissie Informatiestromen Veiligheid, *Data voor Daadkracht. Gegevensbestanden voor veiligheid: observaties en analyse*, Den Haag: april 2007.

6 Zie onder meer: H. Boutellier, *De veiligheidsutopie. Hedendaags onbehagen en verlangen rond misdaad en straf*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005; U. Beck, *De wereld als risicomaatschappij*, Amsterdam: De Balie 1997; Y. Buruma, *De dreigingsspiraal. Onbedoelde neveneffecten van misdaadbestrijding*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

7 Zie nader over profilering: S. van der Hof & J.E.J. Prins, 'Personalisation and its Influence on Identities, Behaviour and Social Values', in: M. Hildebrandt & S. Gutwirth, *Profiling the European Citizen*, Berlijn: Springer Verlag 2008, p. 111 e.v.

3. Veranderende focus wat betreft gegevens en personen

Bij informationale privacybescherming staan twee elementen centraal: gegevens en de personen waarop deze gegevens betrekking hebben. De voorgaande vijf lijnen blijken belangrijke gevolgen te hebben voor de focus op beide elementen.

3.1. Harde gegevens

Het netwerkkarakter van informatietechnologie maakt het buitengewoon aantrekkelijk om aan allerhande ICT-systemen die in beginsel een bepaalde functie dienen ook een andere functie toe te voegen dan wel te verbinden met systemen die deze andere functie hebben. De mogelijkheden om via systemen gemakkelijk en snel al eerder verzamelde informatie opnieuw te delen en te gebruiken, houden allerhande beloften in: een veilige samenleving waarin maatschappelijke risico's tijdig in beeld komen omdat informatie uit verschillende systemen effectief met elkaar in verband valt te brengen dan wel een efficiëntere wereld die zich kenmerkt door optimaal (her)gebruik van systemen en verzamelde gegevens. Waar het voorheen vooral losse gegevens betrof die in een individuele organisatie werden gebruikt voor een heel bepaald – vooraf vastgesteld – doel, zijn het nu steeds vaker gecombineerde sets van gegevens die door meerdere instanties voor verschillende doeleinden worden gebruikt. Organisaties maken aldus de stap van enkelvoudig naar meervoudig gegevensgebruik: meerdere organisaties delen en gebruiken gegevens die ooit door een van de actoren bij een burger of consument zijn verzameld.

In feite treedt met de stap naar meervoudig gebruik een verandering op in de waarde die enerzijds aan gegevens en anderzijds aan de context waarin deze gegevens worden verzameld, wordt toegekend. Naarmate een persoonsgegeven wordt gebruikt door organisaties verderop in een samenwerkingsketen, doen de specifieke kenmerken van de situatie waarin het gegeven ooit werd verzameld (de context) er steeds minder toe. De relevantie en het belang van de context neemt af. De oorspronkelijke context wordt als het ware betekenisloos en de gegevens zelf worden steeds 'harder'. Het resultaat is dat professionals op het enkele gegeven gaan leunen, vertrouwen ontleen aan het feit dat collega's dit gegeven ook gebruiken en als het ware geen natuurlijke prikkels en mogelijkheden meer hebben om aan de juistheid van het gegeven te twijfelen, laat staan de juistheid (van het gebruik voor hun eigen specifieke context) te controleren. Meervoudig gegevensgebruik gefaciliteerd door technologie lokt daarmee het risico van institutionele luiheid uit. De menselijke maat, de corrigerende factor van onze intuïtie en (professionele) ervaring verdwijnt steeds meer naar de achtergrond.

De tendens van onbezorgd koppelen van informatiebestanden – kortom hergebruik op hergebruik – kan niet anders dan het risico met zich meebrengen dat de kwaliteit van de gegevens verwatert. Het verlies van oorspronkelijke context heeft in potentie gevolgen voor de betrouwbaarheid en de kenbaarheid van gegevens. Bovendien, naarmate de kwaliteit van gegevensbestanden verwatert, zorgen netwerken ervoor dat de risico's die samenhangen met het kwaliteitsverlies exponentieel groeien. Het gebrek aan kwaliteit van gegevens onttrekt zich, juist in vernetwerkte

situaties, maar al te gemakkelijk aan het zicht, zonder dat hiervoor altijd direct een ‘schuldige’ is aan te wijzen. Eerder is dit een onvermijdelijk risico van wat als het multipliereffect van ICT kan worden aangeduid: niet alleen correcte informatie heeft een enorme omloopsnelheid en effectieve distributie gekregen, maar ook foutieve informatie. De administratieve werkelijkheid en de ‘werkelijke werkelijkheid’ kunnen dan veel sterker uiteen lopen dan voorheen, en fouten kunnen zich bovendien veel sneller verspreiden, waarna ze – zo tonen ons de voorbeelden van identiteitsfraude – vervolgens veel moeilijker te herstellen zijn. Die fouten hebben in het dagelijkse leven soms grote gevolgen voor individuele burgers.⁸

3.2. Type persoon

Maar behalve dat gegevensgebruik steeds meer abstraheert van de context waarbinnen de gegevens ooit werden verzameld, stellen we ook vast dat de instellingen op een andere manier naar individuen gaan kijken. De aandacht verschuift naar het of een verhaal achter het samenspel van alle losse gegevens van allerlei verschillende personen. Wie kijkt naar een initiatief als de Verwijsindex Risicjongeren (VIR), ziet dat de nadruk bij het optimaliseren van ‘de informatiepositie’ in feite komt te liggen op het verkrijgen van inzicht in het type persoon, probleem of activiteit.⁹ Welke jongere, met welke (gedrags)kenmerken loopt welke risico’s in welke situatie en onder welke (sociale en economische) omstandigheden? In welk gezin, met welke samenstelling en (sociale en/of etnische) achtergrond, mogen we verwachten dat er een serieuze kans is op de aanwezigheid van kindermishandeling of ander huiselijk geweld? Aan de hand van diverse indicatoren beogen de professionals binnen de jeugdzorg inzicht te verkrijgen in het type kind dat een type risico X, Y of Z loopt op mogelijk toekomstig crimineel gedrag. Het is de ambitie om, afhankelijk van het type risico, vervolgens de meest gepaste vorm van tijdige hulp op te starten.

Maar ook op andere beleidsterreinen – belastingen, bestuurlijke en strafrechtelijke handhaving – is de ambitie overduidelijk: informatie over burgers moet meer en meer worden gerelateerd aan de context waarin zij zich bewegen of zich tot elkaar en de maatschappij verhouden. De combinatie en analyse van alle gegevens levert profielen van mensen op en op basis van deze profielen worden individuele burgers onderscheiden en worden ze verschillend behandeld.¹⁰ Aanbieders van internetdiensten zoals Amazon en eBay, bijvoorbeeld, begonnen jaren geleden al met het selecteren, filteren en classificeren van persoonsgegevens ten einde een individuele informatierelatie met een consument vorm te geven. Wie regelmatig van online

8 Zie hierover: Y. Buruma, ‘Het recht op vergetelheid. Politieke en justitiële gegevens in een digitale Wereld’, in: D. Broeders e.a. (red.), *De Staat van Informatie*, WRR-Verkenning nr. 25, Amsterdam: Amsterdam University Press 2010, p. 165-218.

9 E.L.O. Keymolen & J.E.J. Prins, ‘Jeugdzorg via systemen. De verwijsindex risicjongeren als spin in een digitaal vangnet’, in: D. Broeders e.a. (red.), *De Staat van Informatie*, WRR-Verkenning nr. 25, Amsterdam: Amsterdam University Press 2010, p. 289-344.

10 Zie voor verschillende modellen die hierbij worden toegepast en de toepasselijkheid van de Wbp op deze modellen: E. Hoving, ‘Modellering van persoonsgegevens en groepsprofielen’, *Privacy & Informatie* 2008, nr. 6, p. 273-280.

diensten gebruik maakt, weet dat de ontwikkeling van deze zogenoemde gepersonaliseerde diensten zich in een grote populariteit mag verheugen. Tot op zekere hoogte is deze ontwikkeling een belangrijke pijler onder het gemak en het plezier van de informatiesamenleving. Het kan heel prettig zijn als amazon.com je op basis van je eigen koopgedrag en de gegevens van alle andere klanten boeken aanraadt. Dat Amazon die gegevens verkoopt aan andere bedrijven die ze opnemen in hun eigen profilering is ook niet per se een probleem. Toch is het daarmee niet gewenst dat gegevens overal terechtkomen, of dat burgers in alle situaties afgerekend worden op een profiel. Zeker niet als die gegevens informatie opleveren omtrent de genetische predispositie van individuen en deze individuen van een bepaalde verzekering worden uitgesloten. Daarin is een bedrijf dat boeken verkoopt toch weer heel iets anders dan een verzekeraar of werkgever

4. Verweesde verantwoordelijkheid

In tegenstelling tot de politieagent die vroeger op de hoek van de straat alles in de gaten hield – en na enige tijd natuurlijk langzaam bepaalde zaken begon te vergeten – bieden databanken een niet in omvang en niet in tijd beperkt geheugen. Een systeemgeheugen dat zichzelf (vooralsnog) niet corrigeert. Voor correctie is in eerste instantie toch nog altijd de menselijke factor van belang. De vraag is echter wie precies de verantwoordelijkheid daarvoor voelt, draagt en erop afgerekend mag worden. Het antwoord op deze vraag is nauw verbonden met de operationalisering van het begrip verantwoordelijke in een ‘genetwerkte’ samenleving.

De Wbp hanteert in artikel 1 onder D het begrip ‘verantwoordelijke’ als instrument voor de toedeling van bevoegdheden en verantwoordelijkheden die uit de wet voortvloeien. Ze gaat daarbij uit van een concreet aan te duiden en aan te spreken organisatie, namelijk degene die doel en middelen van de verwerking bepaalt. De vraag is echter of met de huidige ontwikkelingen de concreet verantwoordelijken wel altijd helder te duiden zijn. Hoe meer partners in een diffuse constellatie in een informatieketen samenwerken, hoe complexer de vragen over verantwoordelijkheid in deze keten worden. Wie naar informatieketens kijkt, ziet dat de verantwoordelijkheid voor de technische uitvoering op de ene plaats wordt belegd, terwijl als het aankomt op zaken als informatiebeheer, informatiegebruik en daarbij behorende bevoegdheden, vele andere instanties wat betreft verantwoordelijkheid in beeld zijn. Illustratief zijn de problemen met het toedelen van verantwoordelijkheid voor zogenoemde cloud diensten.¹¹ Bij welk loket in de complexe wirwar van gebruikers en verantwoordelijken van deze – veelal niet aan fysieke grenzen gebonden – diensten moet een individuele gebruiker aankloppen? Illustratief is ook de vernetwerking van organisaties binnen de overheid. Tien fouten in los van elkaar functionerende systemen brengen dan heel wat minder ellende met zich mee dan één zich snel verspreidende fout in een dergelijk netwerk waarbij niemand binnen het conglomeraat van samen-

¹¹ Zie onder meer Zienswijze CBP over cloud computing, Den Haag: 10 september 2012.

werkende overheidsdiensten meer het gevoel heeft dat het zijn of haar fout is. Wat is het effect van de schijnbaar autonome dynamiek wanneer een onjuist persoonsgegeven verzeild raakt in het welhaast oneindig gekoppelde informatiesysteem van een diversiteit aan organisaties? Bovendien: in een vernetwerkte samenleving worden de grenzen tussen de publieke en private sector diffuus. Maar ieder van deze actoren heeft eigen (al dan niet wettelijk verankerde) bevoegdheden en verantwoordelijkheden. En daarmee heeft ook ieder van deze actoren eigen beleid en eigen procedures. Welke en hoeveel procedures moet een burger doorlopen alvorens een fout is vastgesteld, erkend en de correctie uiteindelijk in alle aangehaakte systemen is doorgevoerd?

5. Redeneren vanuit begrenzen

De constatering dat digitalisering een andere, namelijk vernetwerkte, informatiesamenleving heeft gecreëerd noodzaakt wat mij betreft dat we het complexe karakter van deze samenleving vanuit de veranderde focus op gegevens en personen doordenken en op zoek gaan naar aanknopingspunten waarmee organisaties zich tot de nieuwe realiteit kunnen en hebben te verhouden. Hoe paradoxaal het ook moge klinken, deze aanknopingspunten zullen we moeten zoeken in beredeneerde begrenzings van digitalisering. Begrenzing van gegevensgebruik en -uitwisseling zal namelijk wezenlijk zijn, zowel omwille van de kwaliteit van individuele informatiehuishoudingen als de zorgvuldigheid van de informatieprocessen die deze huishoudingen tot een omvattende informatienetwerk met elkaar verbinden. Bovendien faciliteert een gedwongen nadenken over begrenzing het vinden van een hernieuwde balans tussen informatievrijheid, geheimhouding en beveiliging van gegevens.

Om te komen tot een zorgvuldige balans zullen de motieven voor de introductie van een applicatie veel meer dan nu het geval is geëxpliciteerd moeten worden. Vanuit een explicitering van belangen (veiligheid, fraudebestrijding, privacy, efficiëntie, gemak en plezier, enz.) dient een afweging tussen deze belangen gemaakt te worden, waarbij ook de mogelijke (langeretermijn)implicaties van deze afweging meegenomen worden. Enkele jaren geleden presenteerde de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) voor deze weging een kader met een drietal clusters van beginselen: stuwende beginselen (zoals veiligheid, effectiviteit en efficiëntie), verankerende beginselen (privacy en keuzevrijheid) en procesmatige beginselen (transparantie en accountability). Stuwende beginselen zijn, aldus de WRR

‘verbonden met de drive van de overheid om ICT in tal van domeinen in te zetten en staan in het teken van verbetering en kwaliteitswinst. Verankerende beginselen staan voor het waarborgen van vrijheden, het in kaart brengen van “stille verliezen” bij voortgaande digitalisering en voor het vrijwaren van de autonomie van het individu. Ze vormen als het ware een tegenwicht voor de stuwende beginselen. Procesmatige beginselen tenslotte, staan voor de procedurele omlijsting die het mogelijk maakt dat

afweging tussen de stuwende en verankerende beginselen met name inzichtelijk en toetsbaar is.¹²

Zo is winstmaximalisatie en daartoe het verzamelen van vele persoonsgegevens een *drijvende* kracht voor bedrijven. Daar is ook in een informatiesamenleving in het geheel niets mis mee, vooropgezet dat ook *verankerende* beginselen als privacy en keuzevrijheid gewaarborgd zijn. Een bedrijf als Facebook dat de persoonsgegevens van zijn gebruikers als grondstof heeft, kent wel degelijk een privacybeleid maar stopt het zo ver weg in de kleine lettertjes die na elke update opnieuw beoordeeld moet worden of een *procesmatig* beginsel als transparantie niet alleen op ‘papier’ maar ook in de dagelijkse digitale praktijk van haar gebruikers recht wordt gedaan.

Met de keuze voor een driedeling beoogt de WRR de nadruk te leggen op de afweging die organisaties moeten maken tussen verschillende, ongelijksoortige normatieve beginselen wanneer digitaliseringsinitiatieven worden geïntroduceerd.

‘Ze moeten tegen elkaar afgewogen worden, hoewel dat niet betekent dat ze allemaal en in elke situatie ook evenveel gewicht toegekend moeten krijgen. Maar dat impliceert tegelijk – omdat deze clusters meestal onderling op gespannen voet staan – dat er oog is voor de betrekkelijkheid van elk beginsel en elk cluster. Aan elk beginsel kan evengoed te veel als te weinig gewicht worden toegekend’.¹³

Kortom, een goede en zorgvuldige discussie over het gebruik van persoonsgegevens vraagt om een doordachte, expliciete en openlijk bespreekbare (publiekelijk te verantwoorden) afweging tussen clusters van beginselen in plaats van het stuk voor stuk nalopen en de maat nemen van afzonderlijke belangen, zoals momenteel vrijwel altijd het geval is. En die weging brengt uiteindelijk een begrenzing van belangen met zich mee. Zelfs van privacy kan een maatschappij te veel hebben: vrije burgers in een democratische rechtsstaat hebben immers ook plichten en dienen daartoe vindbaar en kenbaar te zijn. En in de beslotenheid van het privé domein kan zich veel onwenselijks afspelen zodat privacy ook een voedingsbodemp voor onveiligheid kan zijn.

6. Ten slotte

Deze bijdrage startte met een citaat uit de troonrede van vijfendertig jaar geleden. De regering had destijds de overtuiging dat de persoonlijke levenssfeer van burgers kon worden veiliggesteld door middel van nadere wettelijke regels. Die regels zijn inmiddels al vele jaren voorhanden. Maar hoe omvattend men ook leidende beschermingsprincipes in werkbare wettelijke regelingen neerlegt, hoe compleet ook de mogelijke privacyrisico's via regelgeving worden afgedekt: het is ten principale de

¹² Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), *iOverheid*, rapport 86, Den Haag: maart 2011. Het rapport is beschikbaar via de website <www.wrr.nl>.

¹³ WRR 2011, p. 85.

mentaliteit van betrokken partijen die van doorslaggevend belang is voor het wel en wee van onze privacy. In de praktijk van alle dag betekent dit dat het veel explicie-
ter wegen en daarmee beperken van belangen die bij *privacy in het geding* zijn, hoog
nodig op onze agenda heeft te staan.

Internet: naar het einde van het auteursrecht?

Feer Verkade*

Mijn antwoord op deze (door Ewoud Hondius geformuleerde) vraag is JA, zij het met clausuleringen, want daar zijn we juristen voor.

Al in 1994 schreef Egbert Dommering: ‘Het auteursrecht spoelt weg door het elektronisch vergiet.’¹ Zo ver is het, achttien jaar later, nog steeds niet. Maar de kranten staan, jaar in jaar uit, maand in maand uit, vol van jammerklachten vanuit de entertainmentindustrie (muziek en film), de klassieke uitgevers, en de software-industrie: over het massale volgens hen illegale kopiëren en downloaden. En over de dreiging dat daardoor de creatieve bronnen steeds meer opdrogen.

Dit doemscenario, nu gebaseerd op internet, is overigens niet nieuw. Wie zoals ik een beroep begon eind jaren zestig, herinnert zich het wonder dat ons toen in de schoot geworpen werd: het fotokopieerapparaat. Aanvankelijk nog onbeholpen, met van die natte, grauwe kopieën. Maar razendsnel verbeterd, vooral door Xerox en Océ, tot een vlekkeloze, snelle en steeds goedkopere reproductietechniek. Ideaal voor school en kantoor, en niet te vergeten: de wetenschap. Ook toen klaagden de uitgevers aan de hand van een doemscenario (in plaats van dat ze de nog jonge kopieerapparatenindustrie gewoon opkochten). Men zag wel in dat auteursrechtelijk of ander juridisch optreden moeilijk zou zijn. Er bestaat een beroemd Amerikaans artikel uit 1970, ‘Photocopying. The uneasy case for Copyright’,² waarin die moeilijkheid – in 75 pagina’s – magistraal uit de doeken werd gedaan. De auteur was een junior professor aan Harvard. Hij heette Stephen Breyer, dezelfde die in 1994 lid werd van het Supreme Court. Toen ging het over het fotografisch kopiëren van papier op papier. Het auteursrecht heeft, Breyers pessimisme ten spijt, dat overleefd. Niet veel later kwamen de geluidscassettes en wederom niet veel later de videocassettes, we zitten dan in de jaren zeventig en tachtig. De entertainmentindustrie trok aan de bel, en procedeerde, maar doorgaans zonder succes. Het auteursrecht is ook toen nog niet ten onder gegaan.

Anno 1986, het jaar waarin de Berner Conventie over het auteursrecht honderd jaar bestond, mocht ik ook eens een analyse geven over de bedreiging van het auteursrecht door technologisch eenvoudig kopiëren: in de Volkskrant.³ Ik vind het leuk

* Mr. D.W.F. Verkade is advocaat-generaal in buitengewone dienst bij de Hoge Raad.

1 Computerrecht 1994, p. 109-113. Vgl. ook (de titel van) B. Hugenholtz, ‘Haalt de Auteurswet 2012?’, *De Academische Boekengids* 2002, afl. 31, p. 9-10.

2 Voluit: S.B. Breyer, ‘Photocopying. The uneasy case for Copyright. A study of Copyright in books, Photocopies and Computer Programs’, *Harvard Law Review* 84, 1970 (2), p. 281-355.

3 D.W.F. Verkade, ‘Een taaie 100-jarige, geplaagd door piraterij’, *de Volkskrant* 6 september 1986 (Katern Het Vervolg, p. 3).

dat ik vandaag, ruim een kwart eeuw later later, de draad van dat artikel hier weer mag oppakken. De *rechters* konden er weinig tot niets aan doen. Liet het de politici, de wetgevers destijds koud? Niet helemaal. Aan de ene kant wilden wetgevers nieuwe technieken niet tegenhouden. Daarbij is te bedenken dat die technieken ook gebruikt kunnen worden voor reproductie van (kort gezegd) auteursrechtvrij materiaal. Denk maar aan je eigen videofilms bijvoorbeeld. Verder kan je de lobby voorstellen van de hardware-industrie.

De compromis-'oplossing' kwam in de vorm van heffingen, in Nederland te beginnen in de jaren zeventig met het reprodubbelletje van minister Van Agt. Dat systeem bestaat nog, en het is nog steeds halfbakken (of kwartbakken).

Vervolgens kwamen in de jaren negentig de heffingen op blanco geluids- en beeld-dragers, de zogenoemde thuiskopieheffingen, ter compensatie van het geleden verlies door minder verkopen van de fabrieksexemplaren. Ook dat systeem bestaat nog, en ook dat heeft alle kenmerken van een opgelegd compromis: wederzijds onbevredigend.

Het gaat om stukjes pseudofiscalisering van het auteursrecht, met zijn voordelen, namelijk voor de auteursrechthebbenden: beter dan niks; en natuurlijk zijn bezwaren. Wat zijn die bezwaren (die vandaag de dag onverminderd actueel zijn)? Ik noem er zes:

1. Voor de auteursrechthebbenden blijft het natuurlijk '(veel) te weinig'.
2. Het is aan de inningskant een ruw systeem, omdat geheven wordt over dragers zonder dat rekening gehouden wordt met aan gebruikerszijde méér of minder auteursrechtelijk irrelevant gebruik (denk bijv. aan overname van werk van alleen maar klassieke componisten).
3. Aan de verdelingskant is het systeem ook ruw. Meting van wat gekopieerd wordt, is immers onmogelijk, dus dat gaat (kort gezegd) via extrapolatie van het geregistreerde openbare gebruik door de omroeporganisaties of cijfers van via de detailhandel verkochte exemplaren. Heel ruw.
4. Verder aan de verdelingskant: terwijl de kleinere en kleine auteurs het gemiste geld uiteraard het hardste nodig hebben, versterkt dit verdelingssysteem de kapitalistische opzet van het auteursrecht: de reguliere bestsellers krijgen ook het meeste geld uit de heffingspotten. Dat geeft allicht problemen bij het opstellen van heffingswetgeving in sociaaldemocratisch geregeerde landen, die (ik zeg het er meteen maar bij) mij dierbaar zijn.
5. Gaat men – nog steeds aan de verdelingskant – er dan toe over om meer of minder grote delen van de pot anders te verdelen, via culturele fondsen, stimuleringsfondsen, sociale fondsen en dergelijke, dan ligt het risico van ondoorzichtigheid, willekeur, vriendjespolitiek, om niet te zeggen oneigenlijk gebruik en fraude op de loer.
6. En er blijft bij de repartitie hoe dan ook veel aan de strijkstok hangen, want goed repareren is duur. Al die transactiekosten houden geld achter van waar het zou moeten komen.

Deze problemen waren dus al bekend, voordat internet kwam en voordat het communicatiegemak, waaronder het downloadgemak, van internet erbij kwam. Zoals

we weten – en dat is dan ook de insteek van Ewoud Hondius’ titel voor mijn voordracht – gaat het door internet wel héél hard. Zo hard, dat het nu nog serieuzer en in nog breder kringen gevoeld wordt als bedreiging van de culturele bronnen, en nog meer als een bedreiging van het auteursrecht als zodanig.

Is het einde van het auteursrecht inderdaad nabij?

De wetgevers – ook die van de EU – willen dat natuurlijk niet toegeven en ze zijn bezig gebleven. Maar er zijn veel dilemma’s. Ik noem er vijf.

1. Verbodsregels aan het adres van het downloadende individu vallen af, reeds omdat ze te ongenueanceerd zouden zijn, en bij meer nuance niet controleerbaar zijn. Controleerbaarheid zou een gigantische privacyinbreuk met zich brengen. Los daarvan brengt zulke controle veel te hoge handhavingskosten met zich.
2. Verbodsregels aan het adres van het uploadende individu (de internet-enthousiast die wil *share*n) zijn mogelijk, en bestaan in veel jurisdicties eigenlijk al heel lang. Maar het optreden tegen deze (veelal pseudonieme) uploaders brengt ook veel te hoge handhavingskosten met zich. Zeg maar: dweilen met de kraan open.
3. De (ook Europese) wetgeving heeft een steun in de rug gegeven aan door auteursrechthebbenden aangebrachte technische beveiligingen tegen kopiëren: het leveren of aanbieden van decodeermiddelen is juridisch verboden. Natuurlijk, zeggen we: leveren of aanbieden van valse sleutels was al vóór Cohen/Lindenbaum in Nederland onrechtmatig. Maar dit helpt allemaal niets of veel te weinig, als de hackers slimmer zijn dan de beveiligers, en verder niet of onvoldoende te vinden zijn: dan ben je terug bij het net besproken punt (2).
4. Gepoogd is om die handhavingskosten inclusief het risico van onvoldoende handhaving te leggen bij de internetproviders. Zij zouden alles moeten ‘filteren’. Dat staat echter haaks op de informatievrijheid van artikel 10 EVRM inclusief het klassieke verbod van preventieve censuur. En ook privacyaspecten van artikel 8 EVRM kunnen hiertegen in het geweer worden gebracht. Het HvJ EU heeft zich voor de contra-argumenten zeer gevoelig getoond.⁴ Met nog een extra argument: het HvJ EU bracht ook de grondrechtelijke vrijheid van beroep en bedrijf van de internetproviders te berde (vanwege de onevenredige op hun ruggen af te wentelen kosten).
5. Nog meer *heffingen* dan? Over het pro, en vooral de contra’s ervan heb ik al gesproken.

De – hevige – lobbyactiviteit van de kant van rechthebbenden, waaronder de *collecting societies*, wordt allicht ervaren als gedram. Daardoor is er ook een politiek klimaat ontstaan voor zoiets als Piratenpartijen. Dat wordt nog versterkt door schandalen over zelfverrijking en zo door bestuurders van de *collecting societies* (wie de kranten

⁴ Vgl. het arrest *Sabam/Scarlet* van HvJ EU 24 november 2011, C-70/10, NJ 2012/479, m.nt. PBH onder nr. 480, NTER 2012/2, p. 75, m.nt. N. Helberger & J. van Hoboken, Mf 2012/3, p. 98, m.nt. S. Kulk & F. Zuiderveen Borgesius, AMI 2012-2, p. 49, m.nt. E.J. Dommering, IER 2012, nr. 34, p. 299, m.nt. M.J.C. van der Heijden & S. Kulk, *Computerrecht* 2012, nr. 11, p. 77, m.nt. E. Werkers en G. Somers.

op dit punt volgt, ziet dat ieder decennium een paar keer breed geëtaleerd, in Nederland ook in 2012 weer volop).

Dan worden ook 'gewone' politieke partijen (dus) kritischer. Dat is de laatste jaren ook in Nederland gebleken (vgl. de instelling en de rapportage van de commissie-Gerrens 2009-2010).⁵

Terug naar de hoofdvraag: voert internet naar het einde van het auteursrecht? Zo'n scenario zou prettig passen in het gedachtegoed van de idealistische internetgoeroes: maximale vrijheid, 'prettige chaos'.

Vanuit het officiële perspectief zal het auteursrecht echter tot ver in de 21e eeuw overeind blijven. Met het officiële perspectief bedoel ik: de bestaande zeer auteursvriendelijke wetgeving, die bovendien verankerd is in internationale verdragen. Verdragen die alleen met unanimititeit gewijzigd kunnen worden, en waar je als Staat ook niet zo maar uit kunt stappen vanwege de incorporatie van (het IE-recht, waaronder) het auteursrecht in het WTO-verband. Daar valt niet aan te tornen, zelfs al zou een Piratenpartij de meerderheid van de parlementszetels krijgen. Voor EU-lidstaten kan van individuele uittreding bovendien geen sprake zijn vanwege nu juist het EU-verband.

Met het officiële perspectief bedoel ik ook nog iets anders. 'Nette' consumenten van auteursrechtelijk beschermd werk zullen zich ook nog wel heel lang naar letter en geest aan het auteursrecht willen houden. Dan bedoel ik: de overheid als consument, en beursvennootschappen en zo, de concessionarissen in het officiële omroepwezen. Instanties als de KNAW, de rijksoverheid, de gesubsidieerde culturele sector, de grote boekhandelsketens, zo lang zij nog bestaan. En een handvol individuele auteursrecht-idealistische gebruikers, zoals jullie en ik.

Die zullen zich wel aan het auteursrecht blijven houden, zo lang als de kruik te water gaat.

Er bestaat bovendien een stuk auteursrecht, waar eigenlijk niemand kritiek op heeft, ook niet een Piratenpartij. Ik doel op de morele of persoonlijkheidsrechten: bijvoorbeeld bescherming tegen plagiaat of tegen verminking. Dat stuk auteursrecht zal overleven zolang andere menselijke integriteitsrechten ook zullen overleven.

Ik heb zo-even in de mond genomen het begrip 'officiële perspectief'. Nu moet ik het gaan hebben over de 'niet-officiële' ontwikkelingen: zeg maar de wildgroei. Welnu: ik denk dat (om de eerder aangegeven redenen) het min of meer anarchistische internetgedrag niet werkelijk te keren zal zijn. Dit zal ten koste gaan van bijvoorbeeld (in dit huis noem ik ze als eerste): de wetenschappelijke uitgevers. Die hebben dat overigens al lang kunnen zien aankomen, net zoals wetenschappelijke auteurs, en de al decennia naar auteursrechtvrijdom hunkerende universiteitsbibliotheken. De wetenschappelijke uitgevers hebben hun functies door internet zo goed als verloren, behalve het zeker niet onbelangrijke organiseren van de peer-reviewing. Maar peer-reviewing kan natuurlijk door de scientific community zelf overgenomen worden. Uiteraard met wat horten en stoten en denderende ruzies. Dat zij zo, want die waren

5 Vgl. ook H. Speyart, 'Zendingswerk', IER 2012/49, p. 407-412 (n.a.v. de verkiezingsprogramma's 2012).

er altijd al. ‘Open access’ had er al lang moeten zijn. Het zal er zeker gaan komen, en gaandeweg buiten de van ouds bekende wetenschappelijke uitgeverijen om.

Ook de algemene en bellettrie-uitgevers en met hen de boekhandels zoals we die kennen, gaan het niet halen. Een bestsellermarkt zal er blijven met tussen de pakweg tien tot vijftig titels, te vinden bij Bruna- en AKO-verkooppunten en een hoekje bij V&D, de Bijenkorf en Albert Heijn. Wat er verder nog gedrukt verschijnt, wordt óf gesponsord (al dan niet als bibliotheek uitgave), óf gedrukt op verzoek (*printing on demand*), iets mooier dan uit je eigen printer en misschien met een originele handtekening van de auteur erop. Verder komen er meer legale e-books, maar die zullen het ook moeilijk krijgen. Dan resten *websites van auteurs* van de nu al zeer bekende soort: auteurs die geen drukkende uitgever kunnen vinden. Dat lot zal heel veel meer auteurs gaan treffen. Daarmee *verdwijnt* de literatuur dus niet, maar wel de door Bezige Bijen en persende Arbeiders en Querido’s met hun sterke merken voor ons voorgeselekteerde, door boekenbijlagen in kranten nog eens verder voorgeselekteerde ‘aanbevolen literatuur’. Voor de kranten (of wat daarvan nog over is) brengt dat een nieuwe uitdaging: om niet via het gemak van recensie-exemplaren, maar om op internet voor ons naar literaire parels te gaan zoeken.

De internetontwikkeling zal verder ten koste gaan van auteursrechthebbenden in de entertainmentindustrie (en dan praten we financieel over een veelvoud van wat er in de wetenschappelijke en literaire sectoren aan publicaties omgaat). De kwaliteit van de publieke en de vrije omroep zal verder teruglopen, met de teruglopende financiering en daarmee kijkdichtheid van iets anders dan sport en – in de ogen van mijn vrouw en mij en velen van jullie – plat amusement. De André Rieu’s overleven nog net. De Joop van den Ende’s moeten het vooral hebben van het avondje uit in het Circustheater of het nieuwe DeLaMar. Maar niet meer van dvd-verkoop.

Komen er dan geen nieuwe films meer zoals *Titanic* of *Staircase* of de *Intouchables*? En houden we in Nederland nog maar een of twee orkesten en toneelgezelschappen over? Gaan, door gebrek aan auteursrechtelijke bescherming, de bronnen inderdaad opdrogen? Nu is het tijd voor een historische terugblik.

Het auteursrecht is, *sub specie aeternitatis*, een betrekkelijk jong recht. Vóór de uitvinding van de boekdrukkunst was er vrijwel niets. Daarna kwamen er drukkersprivileges, maar die waren bestemd om de investering in het zet- en drukwerk te laten terugverdienen. Voor auteurs zelf bleef het zo goed als niets, voor componisten was er helemaal niets, voor beeldende kunstenaars ook niets, tot ver in de 19e eeuw.⁶

En toch: wat is er al vóór, en met name sinds de Verlichting, veel moois geschapen... We kunnen het auteursrecht dus relativëren. We moeten het zien als een stimuleringsmiddel ter bevordering van cultuur en wetenschap, één zo’n middel naast of in plaats van andere. Dit is het punt dat ik in 1986 ook al in de *Volkskrant* wilde maken, zonder dat dat nou zo origineel was. Maar het was wel een stem die in toenmalig auteursrechtelijk Nederland ongehoord was (‘die Verkade, is die eigenlijk een communist?’) en die in de auteursrechtelijke gremia in Nederland van 2012 nog steeds weinig populair is.

⁶ Uiteraard: versimpeld gesteld. Nader in het kort: J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, 3e druk, Deventer: Kluwer 2005, p. 17-19; uitgebreid: M. Buydens, zie hierna.

Het alternatief voor auteursrecht dringt zich op: subsidiëring. Door wat vroeger en ook nu nog wel genoemd wordt: het mecenaat, destijds vooral voor vorstelijke personen en instellingen, en vanaf de 19e eeuw gaandeweg overgenomen door staatsinstellingen met stipendia, staatsprijzen, productiefondsen, enzovoort. Er bleven trouwens particuliere mecenasen, die we nu al een jaar of twintig sponsors noemen. Door de ontwikkeling van het auteursrecht werd de subsidiëring tussen (zeg maar) 1900 en 2000, de eeuw van de vader van Geert Mak, minder nodig. Maar die is natuurlijk nooit weggeweest. Denk alleen maar aan de eerste (en later tweede) geldstroom in *Academia*.

Ga je nog verder terug in de tijd, dan zie je dat er gecreëerd werd zelfs zonder auteursrechtvervangers als mecenasen. Daarmee kom ik op de ultieme auteursrechtsgeschiedenis en -filosofie, zoals die in een tamelijk nieuw boek prachtig is heronderzocht en beschreven door Mireille Buydens, *La propriété intellectuelle, Évolution historique et philosophique* (Bruylant 2012).

Ook zonder specifieke beloning heeft er altijd scheppingsdrang bestaan, anders hadden we tot ver in het tweede millennium nooit – toenemende – beschaving gekregen. Egyptenaren zonder auteursrecht, Grieken zonder auteursrecht (Romeinen met – merkwaardigerwijs – een beetje auteursrecht, maar dat heeft niet lang geduurd).

Na de val van het Romeinse Rijk heeft in Europa de beschavingsontwikkeling een langdurige pas op de plaats gemaakt of maar hele kleine stapjes gezet. Maar dat kan je gezien de eerdere beschavingen en gezien andere beschavingen (denk aan China) moeilijk aan het ontbreken van auteursrecht wijten. Eerder kan je dat – voor een deel althans – wijten aan het fanatieke christendom dat menselijke creativiteit allerm minst wilde stimuleren, laat staan door een erkenning van creativiteit. Het tegendeel was het geval: voor nieuwlichters was bij voorkeur plaats op de brandstapel. Toch kon dit afschuwelijke geestelijke klimaat de scheppingsdrift (die blijkbaar in menselijke genen zit) niet geheel onderdrukken, mits, in die tijd: in Gods naam en verder nadrukkelijk anoniem. Letterlijk of figuurlijk: monnikenwerk.

Lees het bij Buydens! Pas vanaf het herfsttij der middeleeuwen komt voorzichtig, vooral in Italië, erkenning van menselijk vernuft als oorzaak van kunstzinnige, wetenschappelijke en technische prestaties langzaam weer op gang. Opmaten naar de Verlichting: Goddank (of moet je juist zeggen: *God ten spijt*). Met de Verlichting breekt een hoogtijperiode van letterkunde, kunst, wetenschap en techniek aan. Maar eeuwenlang nog steeds zonder auteursrecht.

Vanaf het eind van de 15e eeuw, eerst in Italië, later elders, komen er weliswaar de al genoemde (korttijdige) drukkersprivileges, naast privileges voor exclusieve exploitatie van uitvindingen (voorlopers van het octrooirecht dus). Dit heeft voornog echter niets te maken met een natuurrechtelijk recht op vruchten (hier: geestelijke arbeid), maar met bescherming van technisch georiënteerde investeringen die anders niet gedaan worden. Zoals er ook octrooien verleend worden op een pontverbinding met een boot, of een vaste oeververbinding met een brug, respectievelijk een privilege om een tijdlang tol te mogen heffen.

Pas vanaf de 18e eeuw wint langzamerhand de gedachte veld dat creativiteit rechte ook beloond moet worden. Daar moeten ook theoretische onderbouwingen

voor worden ontwikkeld. Die worden geconfronteerd met niet minder interessante theoretische tegenkantingen. Per saldo leidt dat, pas vanaf het einde van de 19^e eeuw, tot een wettelijk (hoofd-)systeem van intellectuele eigendomsrechten zoals wij dat nu kennen.

Daarmee cirkel ik terug naar de hoogtijdagen van het auteursrecht, die in de 20e eeuw vallen. De 20e eeuw zal later herinnerd worden als de gouden eeuw van het auteursrecht. Dat was te danken aan een combinatie van vier factoren: (1) een goedgezind geestelijk klimaat; (2) interessante technische ontwikkelingen voor reproductie en voor openbaarmaking op afstand (maar ook weer niet té veel van die mogelijkheden); (3) eindelijk behoorlijke theorievorming (lees weer: Buydens) en (4) gewoon: welvaart die het dragen kan, de twee wereldoorlogen en Wall Street 1929 ten spijt.

Je moet intussen beseffen dat deze hoogtijdagen van het auteursrecht nooit *world wide* gegolden hebben. Sprekend over hoogtijdagen hebben we het over Europa, en dan vooral over West-Europa, en eigenlijk vooral over Noordwest-Europa. We hebben het verder over Noord-Amerika. En over Australië en Nieuw-Zeeland. Maar – schaarse uitzonderingen daargelaten – niet over een echt functionerend, gehandhaafd auteursrecht in Midden- en Zuid-Amerika, in Azië en in Afrika.

Ik heb nu denk ik wel genoeg gerelativeerd. De boodschap is dat het auteursrecht in een bepaalde, niet eens zo heel lange periode (en dan nog lang niet in de gehele wereld) heeft kunnen fungeren als een – op basis van West-Europese theorievorming – schitterend middel tot bevordering van de financiering van letterkunde, wetenschap en kunst. Dat was goedkoop voor de overheid want die hoefde in zoverre niet zelf te mecenasen. En het was zeer fortuinlijk voor de meest succesvolle auteurs en hun rechtverkrijgende uitgevers of andere informatieproducenten. Maar zonder dat systeem kon de beschaving ook wel vooruit komen. In eeuwen waarin het auteursrecht niet bestond, en in werelddelen waar het auteursrecht nooit hoogtij vierde, kwam ook allerlei moois en interessants tot stand. En omgekeerd: in de genoemde werelddelen waarin het auteursrecht hoogtij vierde, was het auteursrecht toch ook nooit genoeg voor de ontwikkeling van letterkunde, kunst en wetenschap: moest er toch altijd nog wel veel (overheids-)geld ‘bij’.

In dit *overall*-perspectief kan ik niet wakker liggen van een afnemende betekenis van het auteursrecht. Auteurs hebben in hun ‘gouden eeuw’ verrukkelijk geprofiteerd van technologische ontwikkelingen. Dat hebben auteurs (respectievelijk drukkers en uitgevers, enzovoort) overigens ook gedaan ten koste van anderen. Gutenberg en Laurens Janszoon Coster waren natuurlijk helden, maar zij stootten wel het brood uit de mond van de overschrijvers of kopiisten.

Dankzij Edison kwamen er fonogrammen, en dankzij tijdgenoten van Edison kwam de radio erbij. Die radio kon bovendien in horeca-etablisementen spelen. En dat alles – na geharnast procederen, dat wél – slechts met toestemming van de componisten. De eredivisie van de componisten heeft aldus met succes het auteursrecht warm voor zich laten lopen. Maar die eredivisie heeft tegelijkertijd – zonder mededogen – het leger van de armere vakbroeders, dat van de café- en restaurantmuzikanten, grotendeels uitgeroeid: natuurlijk het meest in de landen waar het auteursrecht het best functioneerde. Voor de film als wegdrukker van eenvoudiger

toneel- en variétéartiesten geldt hetzelfde. Zo'n observatie mag ertoe bijdragen dat aan de tranen die auteursrechthebbenden in de entertainmentbranche uitstorten bij Europese Commissarissen en andere autoriteiten, een flink krokodillengehalte niet ontzegd kan worden.

Het auteursrecht is en wordt zwaar aangevreten door technieken die zelfs particulieren in staat stellen om zonder kwaliteitsverlies en met een paar drukken op knoppen een exemplaar van een beschermd werk te vinden en te reproduceren of te downloaden en er vervolgens in de – terecht hoog gehouden – privésfeer van te genieten. Daarbij wordt door anderen, die wel of juist niet of een beetje commercieel bezig zijn op internet, ook nog vaak een niet of minder legale helpende hand geboden, maar ook dat is moeilijk te bestrijden.

Het auteursrecht zal niet echt verdwijnen, in wat ik de 'officiële' context heb genoemd. Maar als generator van winsten en daarmee als stimuleringsmiddel voor culturele prestaties zal het in betekenis – een betekenis die overigens altijd een relatieve is geweest – sterk afnemen. Andere financieringsmechanismen, zoals staats-subsidiering of particulier mecenaat (sponsoring) zullen relatief weer belangrijker worden.

Wat 'auteursrechtgehoorzaamheid' betreft, behoorde Nederland met een pakweg twintigtal andere West-Europese, Noord-Amerikaanse en Oceanische landen tot de braafste kinderen in de auteursrechtklas. Die braafheid zal sterk afnemen. Die twintig braveriken gaan gewoon de kant op van wat in de afgelopen eeuw en ook nu nog de situatie lijkt te zijn in een land als bijvoorbeeld Argentinië.

In het licht van de stimuleringsfunctie als ratio voor het auteursrecht, vind ik er overigens niet zo veel tegen dat topbeloningen waartoe het auteursrecht bijdroeg, zouden terugkeren naar gewone-mensen-niveaus. Ik denk dat, gezien de uitingsdrang en ambitie in de menselijke genen voor velen, ook en juist voor de besten, een gewone-mensen-beloning ook voldoende stimulans zou zijn. Als Mozart in de 18e eeuw geleefd had, was hij veelvoudig miljonair geweest. Maar een deel van zijn leven, het laatste deel, componeerde hij net zo goed in armoede. Ander voorbeeld: de topvoetballers zijn in de tweede helft van de 20e eeuw gaandeweg opgeklommen tot multimiljonairs, dankzij de media en dankzij afgeleide auteursrechten, maar is het voetbal als geheel daardoor interessanter geworden dan in de jaren vijftig van de vorige eeuw? En zouden in een wereld waarin het voetballerinkomen gemaximeerd is op pakweg twee keer modaal, de mensen die het echt goed willen en kunnen, niet gewoon aan het voetballen blijven?

Dichters met bijna altijd minder dan één keer modaal aan dichtersinkomen, zijn altijd blijven dichtten.

3 Recht en filosofie

Logica en recht: naar een rijkere relatie

Johan van Benthem*

Logica en recht hebben gemeenschappelijke interesses, wellicht zelfs gezamenlijke wortels. Het gelijktijdig ontstaan van de logica in drie grote wereldculturen rond 500 voor Christus wordt soms verklaard vanuit reflectie op de toen reeds lang bestaande juridische praktijk. Maar die juridische praktijk wordt ook wel door moderne critici aan logici voorgehouden als praktisch procedurele concurrent voor hun wiskundig bewijsgerichte preoccupaties. In dit stuk bespreek ik de relatie tussen logica en recht vanuit recente logische studies van ‘intelligente interactie’, waar nieuwe perspectieven ontstaan, en een veel rijker beeld van wat de ontmoeting tussen logica en recht kan betekenen.¹

1. Eén cultuur, twee stromen

Er is vaak op gewezen dat onze Westerse cultuur draait om twee belangrijke denkwijzen: de wiskundige en de juridische. Wiskundig denken en bewijzen drijft de moderne wetenschap omdat, zoals Galilei zei, het Boek van de Natuur in wiskundige taal is geschreven. En tegenwoordig denken we dat er meer van dergelijke boeken klaar liggen om door ons gelezen te worden: wiskundige taal ontsluit bijvoorbeeld ook de menselijke cognitie (Van Benthem & Dijkgraaf 2005). Maar als we nu even niet naar onszelf kijken, maar naar hoe anderen ons zien, dan komt een tweede hoofdstroom in het vizier. Wat andere culturen vaak heeft getroffen is niet de Westerse wiskunde – want die wetenschappelijke denktrant hadden de Indiase, Chinese, en moslimculturen zelf ook – maar veeleer ons juridische denken. Malouf 1986 vermeldt hoe moslimgeschiedschrijvers, ondanks al hun afkeer van de kruisvaardersrijken, voor één ding goede woorden hadden: de faire gang van zaken in een rechtszaal van ‘de Franken’. Soortgelijke reacties zijn te vinden bij Napoleon’s tocht naar Egypte, of bij de komst van onze juridische cultuur in India en China.

Het historische samenspel van wiskundige en juridische denkwijzen is fascinerend, en heeft tot nu toe weinig systematische aandacht gekregen. Ik noem enkele flarden. Er is wel op gewezen dat het klassieke begrip ‘natuurwet’ als universeel principe wellicht afkomstig is van menselijke wetten. Ook het ontstaan van de logica rond 500 voor Christus is in verband gebracht met de enige toen al gevestigde redeneerpraktijk met een lange traditie, de juridische – eerder dan die van de filosofie of de wiskunde.

* Prof. dr. J.F.A.K. van Benthem is hoogleraar in de wiskundige logica en toepassingen van de logica aan de Universiteit van Amsterdam (<<http://staff.science.uva.nl/~johan>>).

1 Dank aan de deelnemers, ik neem diverse van hun punten mee (Hirsch Ballin, Soeteman).

Zelfs laat Huff 1993 zien hoe de juridische traditie de wiskundige heeft geholpen: het continue bestaan van de Westerse wetenschap sinds de Middeleeuwen, en haar relatieve onafhankelijkheid – in andere culturen konden politieke of religieuze machthebbers naar willekeur een wetenschappelijke ontwikkeling smoren – berustten op de Middeleeuwse maatschappij van rechtspersonen, waartoe universiteiten behoorden.

2. Logica versus recht?

Mijn bijdrage aan de reeks ‘Het Recht in Debat’ betrof een meer beperkt contact: logica en recht, dat wel het bovenstaande thema weerspiegelt. Logica gaat over exact redeneren, met het wiskundig bewijs als zuiverste vorm. Hoe staat dit bij het recht? Een oude spanning wordt verwoord in Van Apeldoorn 1963:² ‘De jurist mag nooit vergeten dat hij dienaar is van het recht, niet van de logica, die in tegendeel zijn dienaar hoort te zijn, niet zijn meester. (...) De redenering kan sluiten als een bus, maar als haar uitgangspunt geen waarheid is, dan zal ook haar conclusie geen waarheid zijn.’

Natuurlijk begrijpt eenieder dat het vellen van een juridisch oordeel geen kwestie van blinde logica is, maar het onbegrip van mijn vakgebied in deze passage baart zorgen: Als uit A volgt dat B, en A is onwaar, is dan ook B onwaar?

Dit is niet logisch geldig, want het hangt er maar van af. Kepler concludeerde tot de juiste wetten der planetenbanen uit onjuiste premissen over ons zonnestelsel – en u kent vast ook zulke gevallen van ‘gelukkig redeneren’. Geldig is wel het volgende: Als uit A volgt dat B, en B is onwaar, dan is ook A onwaar.

Dat is de logische wet der weerlegging, die ten grondslag ligt aan de wijze waarop wij in discussie posities van anderen trachten te bestrijden of ondergraven. Is er dus een wezenlijk conflict in redeneren tussen beide gebieden? Ik denk het niet. De logica is universeel, ze stopt niet buiten de rechtszaal – en ik weet zeker dat ook juristen niet graag een gang naar het schavot maken omdat een rechter een logische drogreden hanteerde. En als u dit te ‘ad hominem’ vindt, denk dan aan uw arts, wiens diagnoses en adviezen u waarschijnlijk toch graag op sluitende logica gebaseerd ziet.

3. Redeneerstijlen

Het voorgaande is slechts een lichte schermutseling. Er is meer te zeggen over de grens tussen logisch en juridisch redeneren, en Nederland is zelfs een land met een grote traditie in dit onderzoek (Prakken 1997). Zo kan het juridisch wel degelijk legitiem zijn om, logisch ongeldig, uit twee gegeven premissen als A, dan B, en niet-A tot niet-B te concluderen, en wel, indien als A, dan B de enige regel is die we hebben om tot

² De volgende passages komen uit Van Benthem 1982, mijn eerste stuk over logica en recht.

B te komen. In dat geval is het thans ontbreken van informatie die A ondersteunt een acceptabele reden om tot afwezigheid van B te besluiten. Meer concreet: als A, dan B is wellicht de enige toepasselijke rechtsregel momenteel, en in dat geval is ontbreken van de conditie A een reden om ook B achterwege te laten. Dit soort 'default' gevolgtrekkingen (conclusies 'bij gebrek aan alternatieven') maken we ook vaak in het dagelijks leven, om praktische redenen, en dat loopt vaak goed.

Maar er is wel een caveat. De conclusie kan later alsnog moeten worden ingetrokken als nieuwe gegevens beschikbaar komen – misschien blijkt A alsnog waar, en komt B ten tonele. Default redeneren gaat dus verder dan wat strikt logisch is toegestaan. Maar het daarin opgesloten gevaar wordt getemperd door een tweede essentieel cognitief talent dat mensen bezitten naast het vermogen tot gevolgtrekkingen maken. Wat wij ook voortdurend met succes doen is het herzien van eerdere conclusies als nieuwe feiten daartoe dwingen. Naast 'correctheid' staat dus 'correctie', en logische vermogens moeten niet alleen worden gemeten in termen van veilig vermijden van fouten, maar evenzeer in de kwaliteit van hoe we gebleken fouten repareren.

Kortom, het palet van menselijke redeneerwijzen is ruimer dan één unieke logische canon. Maakt dat het recht heel anders dan de logica? Integendeel: die diversiteit is juist expliciet door grote logici in de laatste eeuwen benadrukt. Zo meende Bernard Bolzano in zijn 'Wissenschaftslehre' van 1837 dat mensen vele redeneerstijlen hebben, met overeenkomsten maar ook verschillen, waarbij het de taak van de logica is deze stijlen in kaart te brengen en formeel te onderzoeken.³ Diversiteit in redeneerstijlen werd een bloeiend gebied rond 1980 in de kunstmatige intelligentie, waar men bestudeerde hoe mensen praktische problemen oplossen. De resulterende 'niet-monotone logica's', waar nieuw verkregen informatie om diverse redenen eerdere conclusies kan ontkrachten, hebben hun weg gevonden naar de informatica, taalkunde en cognitiewetenschap, waarbij een rijke wiskundige theorie is ontstaan.

Niet-monotone logica's zijn inmiddels ook in contact gekomen met studies van juridisch redeneren, zoals men kan zien in de verslagen van het internationale congres met de boeiende titel *Trends in Criminal Investigation* (MacCrimmon & Tillers 2002).⁴ Van daaruit lopen weer lijnen naar andere gebieden, zoals de filosofie. Zo is Horty 2012 een fascinerende studie van informatieve en normatieve aspecten van juridisch default redeneren die nieuwe verbanden legt naar kentheorie en ethiek.

4. Argumentatietheorie versus logica

Maar ik ben nog steeds niet bij het echte thema van dit essay. Daartoe ga ik terug naar twee geruchtmakende aanvallen op de moderne logica in de vorige eeuw, beide van 'pentiti' die de logica van binnen kenden.

3 Eenzelfde visie vinden we bij Charles Saunders Peirce, die het beroemde onderscheid introduceerde tussen 'deductie', 'inductie' en 'abductie', elk formeel te bestuderen.

4 Deze ontwikkelingen hangen ook samen met pogingen om juridisch redeneren computationeel te analyseren of althans ondersteunen, een thema dat ik hier buiten beschouwing laat.

Perelman & Olbrechts-Tyteca 1958, Toulmin 1958 wezen erop dat klassieke logica niet goed spoort met onze redeneerpraktijk.⁵ Perelman vond juridisch redeneren het beste model voor algemene argumentatie, met een prominente rol voor patronen uit de rhetorica, zoals aanhalen van vergelijkbare gevallen. Meer van belang voor mij is echter de kritiek van Toulmin (zie de recente evaluatie in Van Benthem 2010). Naar diens mening zoekt de logica de essentie van goed redeneren op de verkeerde plaats, namelijk in de wiskundige vorm van een gevolgtrekking. Maar juridisch redeneren draait uiteindelijk niet om juiste vorm, maar om correcte *procedure*, of in Toulmin's termen: 'not form, but formalities'. Dit is een uiterst interessant punt. Zit de logica vast aan een statisch begrip 'vorm', en staat zij op gespannen voet met het dynamische begrip *procedure*? Het leek zo voor Toulmin, en hij ontwikkelde een alternatieve 'informele argumentatietheorie' die nog steeds aanhangers heeft.

In het volgende zal ik laten zien dat dynamische procedures juist heel goed passen bij de moderne logica, waarmee het contact met het recht heel andere dimensies krijgt. En hierop vooruitlopend, wil ik alvast een essentieel punt noemen. In de jaren vijftig leek het alsof procedurele paradigma's informeel moesten zijn (zelfs indien zo welomlijnd als het recht), en dus buiten het bereik van logica of wiskunde. Maar dit was slechts een gebrek aan fantasie. Inmiddels weten wij dat procedures en processen zelf heel goed wiskundig te bestuderen zijn, zoals blijkt in de informatica en speltheorie. Mijn tegenbewering is dat er geen breuk is: 'formalities have form'.

5. Logica in tweevoud: descriptief en procedureel

In de logica speelt van oudsher een onderscheid tussen twee intuïtief verschillende perspectieven. In de *descriptieve* kijk zijn logische formules beweringen die waar of onwaar zijn over de werkelijke wereld – en complexe formules vertellen ons dan over de structuur van die wereld. Hierbij aansluitend is een gevolgtrekking geldig als in elke wereld waar de premissen opgaan, ook de conclusie waar is. Zo gezien gaat logica over waarheid, onwaarheid, en abstracte gevolgrelaties die ook zouden gelden op een lege planeet, als er helemaal geen denkende of handelende personen aanwezig waren die de beschikbare geldige

conclusies ook echt 'trekken'. Zo wordt geldigheid doorgaans in een leerboek uitgelegd. Bijvoorbeeld, als *A of B* waar is, en *niet-A*, dan is *vanzelf* ook *B* waar. Maar datzelfde leerboek kan later even makkelijk overschakelen op een andere, discussiegerichte *procedurele* uitleg van dezelfde overgang van *A of B*, *niet-A* naar *B*.

Als iemand *A of B* en *niet-A* verdedigt, en jij beweert *B*, dan moet je haar pressen om te zeggen welk deel van de disjunctie *A of B* ze wil verdedigen. Of ze kiest *B*, en dan geeft ze jou gelijk, of ze kiest *A*, en ze verstrikt zichzelf in een tegenspraak met haar eigen *niet-A*. In beide gevallen win jij de discussie. In speltheoretische termen: de verdediger van een geldige conclusie heeft een *winnende strategie* in argumentatie tegen een verdediger van de premissen. Ik kom op dit spelaspect terug, maar voor

5 Deze bewering werd later met kracht herhaald in de 'psychology of reasoning', Wason & Johnson-Laird 1972 – maar de resulterende complexe geschiedenis valt buiten mijn bestek.

nu volstaat te zien hoe deze kijk logica koppelt aan procedures voor argumentatie of communicatie.

Natuurlijk is er geen tegenspraak tussen deze gezichtspunten op een logisch systeem.

Discussieprocedures kunnen correct zijn precies omdat ze waarheden over de wereld weerspiegelen, en feitelijke waarheden komen meestal pas aan het licht met passende procedures voor waarheidsvinding. Het procedurele perspectief past goed bij wat wij weten over het ontstaan van de logica in de Oudheid in een traditie van discussie en debat. Maar gaandeweg is het overvleugeld door het pure waarheidsperspectief, waarbij wiskunde en filosofie exclusieve ideaalmodellen voor de logica werden.

In wat volgt ga ik verder met de procedurele kijk, om te beginnen, door een koppeling tussen kennis en manieren waarop wij deze verkrijgen. Hun tandem is essentieel.

6. Logica als kennisproces

Mijn eigen visie op logica is geëvolueerd van een nadruk op geldig gevolg naar het verwerven van informatie, waar gevolgtrekkingen slechts één onderdeel zijn van een groter repertoire van logische basishandelingen. Mooi geïllustreerd wordt dit in de klassieke Chinese logica van rond 500 voor Christus, die onafhankelijk van de Griekse traditie vele thema's bestudeerde die wij nu logisch zouden noemen, met zelfs een tegenhanger van de Leugenaarsparadox (Zhang & Liu 2007).⁶

Deze 'Mohistische School' (destijds een concurrent van het Confucianisme) stelde succesvolle argumentatie centraal als bron van gezag, niet maatschappelijke positie. En zij had een korte maar treffende omschrijving van hoe wij kennis verwerven:⁷ Zhi Wen Shuo Qin.

Kennis [zhi] komt door horen van anderen [wen], bewijs [shuo], of ervaring [qin]. Een oud Mohistisch voorbeeld maakt zonneklaar wat hiermee werd bedoeld. U staat buiten een donkere kamer, waarbinnen u vaag een object ziet. Buiten de kamer in het zonlicht ziet u een wit object. Iemand vertelt u dat het object in de kamer dezelfde kleur heeft als het object daarbuiten. U concludeert dat het object in de kamer wit is. Dit nu lijkt mij geheel juist. Kennis komt van communicatie, redeneren, en ervaring (bijv. observatie of herinnering). En de moderne logica beschikt over technieken om al deze vormen van informatie te modelleren, met wetten voor de verandering in wat actoren weten of geloven als nieuwe informatie binnen komt. Hoe dit precies werkt, ligt buiten het bestek van dit essay.⁸ Maar het is niet moeilijk te zien hoe ook in het juridisch proces vormen van waarheidsvinding en oordeel organisch samenhangen.

⁶ De klassieke Leugenaar zegt 'Wat ik nu zeg is onwaar', hetgeen tot een contradictie leidt. De Chinese versie luidt: 'De leraar zegt: "elk onderwijzen is zinloos". De zelfweeërlegging lijkt gericht tegen de Taoïsten, die rationaliteit verwierpen, maar wel hun leer onderwezen.

⁷ Klassiek Chinees doet in zijn voorname compactheid denken aan klassiek Latijn.

⁸ Mijn boek Van Benthem 2011 presenteert een logisch systeem met precieze wetten die het hele spectrum bestrijken van informatie-gebaseerde sociale interactie.

7. Leren van fouten

Maar de hier bedoelde informatiedynamiek gaat veel verder dan registreren van kennis. Zoals we zagen bij default redeneren is een ander wezenlijk aspect van kwaliteit het leren van fouten. Ons handelen wordt niet alleen gedreven door wat we zeker weten, maar ook door wat we geloven, en dat laatste gaat vaak ver uit boven de harde informatie die we hebben. Dat is op zich nuttig, en het werkt ook, mits we bereid zijn te leren van fouten, en om ons geloof systematisch te herzien – iets wat Popper al centraal plaatste in kentheorie en wetenschapsfilosofie. Processen van *correctie* zijn even essentieel als *correctheid* in klassiek redeneren. De moderne logica heeft inmiddels een scala aan technieken ontwikkeld voor het beschrijven van correctieprocessen, deels in aansluiting bij modellen uit de wiskundige leertheorie.⁹

8. Sociale dynamiek

Maar er is nog een essentieel aspect aan de procedurele kijk op de logica. Communicatie veronderstelt *meerdere actoren*, en als we, zoals ik zelf doe, bijvoorbeeld het stellen van een *vraag* als een logische handeling zien, dan is dit een elementaire interactie die niet valt te reduceren tot wat zich binnen één persoon afspeelt. Dit sociale aspect sluit aan bij recente visies op menselijke cognitie die onze sterkste troef zien, niet in individuele vermogens tot observatie of redeneren, maar in intelligente interacties tussen meerdere actoren, en het vormen van groepsgedrag.¹⁰

Alleen al het succesvol stellen van vragen en geven van antwoorden vooronderstelt een verfijnde kijk op informatie die mensen hebben, zowel over basisfeiten als over elkaars informatie. En veel sociale procedures (ook rechtszaken) zijn ontworpen om nieuwe groeps kennis te creëren, waar de dosering van wie wat wel of niet mag weten vaak zorgvuldig is gespecificeerd. Al deze cognitieve vermogens lijken zo gewoon, dat we vaak niet beseffen hoe wonderbaarlijk en logisch subtiel ze eigenlijk zijn.

9. Spel en strategie

Maar sociale interactie is meer dan uitwisseling van informatie. Ze betreft ook intenties van actoren, en hun strategische langetermijngedrag om hun doelen te

9 Dit is een echte wending. Zo begon de 20e eeuw met logisch grondslagenonderzoek dat eens en voor al wilde bewijzen dat wetenschappelijke theorieën consistent zijn. Inmiddels weten we uit Gödel's Stellingen dat deze eeuwige veiligheid niet realiseerbaar is. Het bovenstaande draait het beeld. Inconsistentie is geen catastrofe, zoals in Frege's beroemde metafoor van de wiskunde die bij inconsistentie als een kaartenhuis zou instorten. Het vermogen om foutieve theorieën te repareren tot betere is kenmerkend voor de wetenschap, en ons hele leven. En dat is wel zo interessant. Zo lijkt een wereld zonder ziekte een star ideaal. Wat bewondering oproept, is juist ons immuunsysteem dat steeds weer afwijkingen opspoort en bestrijdt. De hier beschreven meer uitgebreide logica is het 'immuunsysteem van de geest'.

10 De theorie van cognitie, inclusief logische analyses daarvan, draait zo gezien om 'many-mind problems', net zoals de moderne natuurkunde 'many-body problems' centraal stelt.

bereiken – in voortdurende reactie op wat anderen doen. Dat brengt de logica dicht bij de *speltheorie*, een raakvlak in snelle ontwikkeling (Van Benthem 2013). En dan komen we weer bij een natuurlijk verband met de oorsprong van de logica in de praktijk van discussie, dat in het bovenstaande al kort werd genoemd.

Argumentatie is een spel, waarbij partijen verschillende beweringen doen, en die dan onderling uitvechten, waarbij regels, timing en reageren een belangrijke rol spelen. Bovendien zijn er onmiskenbare ‘pay-offs’ zoals iedereen weet die ooit het zoet heeft gesmaakt van een gewonnen debat, of het bittere van een verlies. Deze metafoor werd voor het eerst precies gemaakt in de *dialogospelen* van Lorenzen (1955), ironisch genoeg enkele jaren voor Toulmin’s proceduregebaseerde kritiek verscheen.

Dialogospelen specificeren regels voor twee spelers, een Proponent die een gegeven claim *C* verdedigt (de ‘conclusie’), en een Opponent die deze claim bestrijdt maar wel bepaalde uitgangspunten *P* heeft toegegeven (de ‘premissen’). Om te beginnen geven *logische regels* rechten en plichten voor spelers bij aanval en verdediging van beweringen. Zonder in nadere details te treden, geven we twee voorbeelden:

Aanvallen van een conjunctie *A* en *B* doet men door een van de twee beweringen *A*, *B* te kiezen, en die dan aan te vallen.

Verdedigen van een negatie *niet-A* is aanvallen van *A*, dat wil zeggen: een *rolwisseling* vindt plaats tussen de twee spelers.¹¹

Naast logische regels hebben dialogospelen ook ‘procedurele regels’ die vastleggen wie aan de beurt is, hoe spelers moeten handelen als meerdere aanvallen openstaan, enzovoort. Dit zijn meer algemene conventies, nodig voor een geregeld debat. Het essentiële idee is nu iets wat we al eerder hebben genoemd. Geldigheid van een overgang van premissen *P* naar een conclusie *C* is equivalent met het bestaan van een winnende strategie voor de Proponent tegen de Opponent. Hiermee raakt het centrale begrip logische geldigheid gekoppeld aan een centraal speltheoretisch begrip: *strategie*, dat typisch past in een sociale interactieve setting. En dan ontstaan interessante verbanden tussen logische en speltheoretische inzichten. Zo is op algemene gronden in te zien dat dialogospelen als boven ‘gedetermineerd’ zijn in de volgende zin: hetzij de Proponent, hetzij de Opponent heeft een winnende strategie. Wat zo’n strategie is voor de Proponent ligt voor de hand: men kan denken aan een *bewijs* van de conclusie uit de premissen. Maar in andere gevallen kan de Opponent een winnende strategie hebben, en die is dan gecorreleerd met iets anders, namelijk een *tegenvoorbeeld*: een situatie waarin de premissen waar zijn en de conclusie niet. We zullen straks op dit verschillende karakter van de twee rollen in een dialoogspel terugkomen.

Een ander opmerkelijk verschijnsel is dit. *Welke wetten* in deze analyse geldig worden, blijkt afhankelijk van twee factoren: de logische regels maar ook de procedurele regels. Deze tweede vrijheidsgraad in ontwerp van argumentatieprocedures is essentieel. Als we partijen toestaan eerder gedane aanvallen te herhalen, of verdedigingen te wijzigen, dan zijn de winnende strategieën gecorreleerd met de klassieke

¹¹ Het vermogen tot rolwisseling is wel genoemd als essentieel intelligent menselijk talent.

logica. Maar als we strenger zijn en slechts eenmalige aanvallen en verdedigingen toestaan (de argumentatie moet in één keer goed), dan correleert geldigheid met de intuïtionistische logica ontwikkeld door onze landgenoten Brouwer en Heyting die hogere eisen stelt aan het constructieve karakter van redeneren. Formele logica is dus niet alleen compatibel met analyse van procedures, ze is er zelfs diep mee vervlochten.

10. Ontsnappingsspel

Het strategische spelkarakter waar het om draait in argumentatie is ook op andere manieren concreet te illustreren. De onderstaande figuur beschrijft een uitgangssituatie voor het volgende ‘Ontsnappingsspel’:

Een Reiziger staat op positie S, en wil de uitgang E bereiken, waarbij in elke ronde langs één aanwezig lijnstuk kan worden gelopen. Maar er is ook een Demon die elke ronde begint met een lijnstuk weghalen, waar dan ook. Het spel is publiek, beide spelers zien wat er gebeurt. Zonder Demon bereikt de Reiziger in twee stappen de uitgang. Hoe zit dat nu? Deze spelen zijn net als eerder ‘gedetermineerd’. U kunt nagaan dat in het gegeven diagram de Demon een winnende strategie heeft, mits zij natuurlijk slim weghaalt.¹² Maar in andere situaties kan de Reiziger heel goed een winnende strategie hebben. Deze spelen zijn logisch goed te analyseren, en ze worden gebruikt voor analyseren van algoritmische taken in een ongunstige omgeving die tegenwerkt, maar ook voor didactische scenario’s waar een docent een student bij de les probeert te houden.

Dit perspectief van informatie en strategie is een belangrijk wapen van de moderne logica. Logische spelen worden gebruikt voor argumentatie, maar ook voor evaluatie of gegeven beweringen al dan niet waar zijn, voor constructie van wiskundige structuren of voor vergelijking van hun eigenschappen. Dit alles leidt ertoe dat logici met een heel andere blik naar juridische procedures kunnen kijken dan vroeger.¹³

11. Juridische procedure als spel

In de rechtszaal speelt zich een argumentatiespel af met vele aspecten die doen denken aan het bovenstaande. Van essentieel belang zijn verwerven van informatie, streven naar kennis of althans een redelijk onderbouwd geloof, reacties op anderen, volgorde van zetten en verschillende doelen van spelers. De procedure is sociaal: er zijn meerdere rollen, en diverse vormen van informatie komen samen, getuigen communiceren informatie, rechters wegen en redeneren. We zullen iets nader ingaan op enkele aspecten van deze logische spelmetafoor – hoewel een echte

¹² Ze moet met name niet dicht bij de Reiziger beginnen (dan wint juist die laatste), maar juist eerst een van de twee verbindingen tussen X en E weghalen, om daarna stapsgewijs verdere verbindingen af te snijden afhankelijk van hoe de Reiziger gaat.

¹³ De hier te bespreken thema’s komen merendeels uit Van Benthem 2001.

studie natuurlijk ver buiten het bestek van dit essay ligt. We hopen slechts de lezer gevoelig te maken voor de charmes van deze manier van kijken.

11.1. Rollen en taken

De twee rollen in ons eerdere argumentatiespel doen sterk denken aan wat we in een rechtszaal zien. De Proponent tracht een bewering *C* aan te tonen op grond van de gegevens *P*, de Opponent hoeft slechts aannemelijk te maken met een tegenvoorbeeld dat dit niet kan lukken, omdat alle gegevens tezamen nog steeds compatibel zijn met niet-*C*. Met name hoeft de Opponent niet aan te tonen dat niet-*C* volgt uit de gegevens. Het ligt voor de hand in de Proponent de openbare aanklager te zien, met diens bewijslast, en in de Opponent de advocaat van de verdachte.¹⁴ Wat het logisch spel laat zien is dat deze twee taken natuurlijk samenhangen, en dat beide strategieën een eigenstandige logische waarde hebben: bewijzen, en ‘scenario’s’. Maar de juridische procedure is natuurlijk een rijker sociaal proces met meer actoren: waaronder de rechter zelf. Er is wel voorgesteld om ook in de logica meer rollen te onderscheiden, bijvoorbeeld een ‘rechter’ die evalueert wat de andere spelers doen.¹⁵

Er bestaat nog steeds geen algemeen inzicht in wat dit zou doen met logische spelen zoals thans bekend. Aldus zou de logica ook omgekeerd kunnen leren van het recht.

11.2. Eenmaligheid versus herhaling

Logische spelen kennen, zoals we zagen, een diep verband tussen belangrijke noties als bewijs of waarheid en strategieën van spelers. Maar dan rijst wel een probleem. Als we een spel slechts een keer spelen, dan zien we alleen eenmalig wat de actoren doen. We krijgen niet de volledige strategie te zien, want die ontvouwt zich alleen als we kijken naar *alle* mogelijke spelverlopen.

Maar die kunnen we natuurlijk niet gaan spelen. De aanklager of advocaat doen wat ze doen. Ze kunnen niet zeggen dat ze spijt hebben van gedane keuzen en het proces nog even willen overdoen. Toch is hier intuïtief meer te zeggen. Een spel is juist een manier om te zorgen dat het eenmalige een meer algemene strekking krijgt. Zo heeft de Opponent de interessante rol om door zo sterk mogelijk tegenspel te bieden het beste uit de Proponent naar boven te halen. Als we de spelregels van discussie goed instellen, dan worden eenmalige spelverlopen maximaal informatief.¹⁶ We kunnen overigens besluiten tot op zekere hoogte herhalingen en hernemingen binnen een spel toe te staan. We zagen al eerder een voorbeeld, waarop we nu terugkomen.

¹⁴ Een logisch spel heeft natuurlijk geen verdachte of slachtoffer, hoewel men misschien zou kunnen zeggen dat de Werkelijkheid even tijdelijk in het beklaagdenbankje staat.

¹⁵ In argumentatie kan dit de taak zijn van ‘de anderen’, als gehoor voor twee kempanden.

¹⁶ Ik ken overigens geen precies resultaat dat deze intuïtie een formele onderbouwing geeft. Binnen de logica, informatica en speltheorie speelt dit probleem van eenmaligheid minder, omdat we daar grote idealisaties toestaan zoals eventueel zelfs oneindig herhaalde spelen.

11.3. Afhankelijkheid van procedures

In het bovenstaande konden verschillende keuzen van procedurele dialoogregels leiden tot winnende strategieën die corresponderen met bewijzen in verschillende logische systemen: klassiek, of intuïtionistisch. Ik vind het moeilijk te zeggen of dit onderscheid uit de grondslagen van de wiskunde ook juridisch zinvol is: tot nu toe heb ik alleen tamelijk kunstmatige voorbeelden kunnen vinden.¹⁷ Niettemin past zulke diversiteit zeker bij Bolzano's eerdergenoemde visie dat verschillende praktijken tot verschillende eisen aan gevolgtrekken kunnen leiden (hij meende zelf dat filosofisch redeneren de strengste eisen stelde van allemaal).

Maar in elk geval is afhankelijkheid van procedures een erkend en formeel bestudeerd verschijnsel in sociale wetenschappen (Anand, Pattanaik & Puppe 2009). Via de spelanalogie kunnen ook ideeën migreren van het recht naar de logica. We zagen dit met invoeren van meer rollen dan de gebruikelijke twee partijen in logische spelen, wellicht met een logische rechter die het spel bewaakt en beoordeelt. Maar er is meer: elk goed gesprek met juristen geeft een logicus te denken. Een voorbeeld tijdens de discussie op de KNAW was samenspel van verschillende juridische spelen, zoals 'framing' van de feitelijke rechtszaak vooraf, en 'rationalisatie' scenario's na afloop. Eenzelfde samenspel tussen drie natuurlijke fases 'voor', 'tijdens', 'na' komt momenteel ook op in de logische grondslagen van de speltheorie (Van Benthem 2013). Ook het logisch vermogen tot leren en herziening dat ik in het bovenstaande centraal stelde als temperende invloed op praktisch redeneren werd met een juridisch verschijnsel in verband gebracht, en wel de mogelijkheid van beroep.

Ik ga niet verder op deze thema's in, maar besluit met een reactie van een Amerikaanse rechtstheoreticus die ik ooit vertelde over de volgende oude logische puzzel: *Corax versus Euathlos*. De sofist Corax had een leerling Euathlos: zijn honorarium zou het eerste bedrag zijn dat de leerling verdiende met een rechtszaak. Maar Euathlos oefende zijn beroep niet uit. Corax spande een zaak aan om zijn honorarium af te dwingen, en redeneerde als volgt: 'Ik krijg altijd mijn geld. Of ik win deze zaak, en jij moet betalen, of jij wint, en moet me dan betalen vanwege onze afspraak.' De goed onderwezen Euathlos produceerde echter het volgende 'tegendilemma': 'Of ik win deze rechtszaak, en hoef dan niet te betalen, of u wint, maar in geval van mijn verlies hoef ik volgens onze afspraak evenmin te betalen.'

Logici zijn alleen geïnteresseerd in de structuur van de redenering, maar mijn gesprekspartner kwam met een draai. Euathlos wint omdat hij niet had beloofd dat hij juridisch actief zou worden. Maar Corax kan nu een tweede zaak aanspannen, en die wint hij wel. Het gaat me nu niet om de juridische plausibiliteit, maar alleen om het feit dat deze mooie draai in eeuwen van logische leerboeken nooit is opgekomen. Er zijn verschillen tussen toegestane bewijsmiddelen in verschillende

¹⁷ Laat de evidentie bestaan uit drie beweringen over aanwezigheid van verdachten A, B, en C op de plaats van het misdrijf: $\neg(A \wedge B)$, $\neg A \rightarrow C$, $\neg B \rightarrow C$. Volgt dat C de schuldige is? Niet als de logica intuïtionistisch is, want $\neg(A \wedge B)$ geeft ons niet genoeg informatie om te bepalen welk van de gevallen $\neg A$, $\neg B$ opgaat – en de dialoog loopt hierop vast. Klassieke dialogen staan meer bewijsregels toe, en dan kan C wel bewezen worden. Hoe realistisch is dit? Mag een verdachte vrijuit gaan op een onderscheid tussen logische bewijsconventies?

rechtssystemen (zie Nijboer 1999), maar dit is iets heel anders dan verschillen in logische redeneerregels.

12. Logische dynamiek, informatica en speltheorie

Het bovenstaande kan worden weggezet als een pleidooi voor niet meer dan een metafoor: spel als een levendige manier van denken over redeneren, in de logica en in het recht. Maar voor mijzelf zou dat niet bevredigend zijn. Het tweede deel van het voorstel, dat ik in dit essay niet kan behandelen, is de exacte *theorie* van logica en spel, die laat zien dat er achter deze metafoor belangrijke procedurele structuren liggen met hun eigen wiskundige wetten. Zoals eerder gezegd, ‘formaliteiten hebben vorm’, en er bestaat momenteel een heel onderzoeksgebied naar dynamische logica’s van interactieve processen met actoren die handelen op grond van hun informatie en preferenties tussen uitkomsten – op de rand van de logica, informatica, en speltheorie (zie Van Benthem 2011, 2013).¹⁸

13. Logica en social gedrag

In een praktische verschijningsvorm leidt dit alles tot het nieuwe idee van *social software* (Van Eijck & Verbrugge 2012): het analyseren en waar mogelijk verbeteren van bestaande sociale procedures met logische, computationele en speltheoretische middelen. Het recht is hier een belangrijk voorbeeld: en juridische thema’s spelen inmiddels op dit gebied. Een belangrijke thema in deze wereld is ontstaan van groepskennis en sociale beslissingen. Hier liggen veel verdere aanknopingspunten met juridisch redeneren. Zo zijn op het gebied van de ‘judgment aggregation’ (List & Pettit 2004) diverse logische paradoxen aan het licht getreden in de wijze waarop beoordelaars, zoals een college van rechters, inzichten combineren. De rechtbank als social software is nog lang niet begrepen!¹⁹

14. Conclusie

Ik heb in dit essay een visie op logica gepresenteerd als dynamische sociale spelgerichte activiteit. Dit is een programma voor uitbreiding, niet vervanging. De klassieke nadruk op waarheid en gevolg zonder actoren leeft in harmonie met de logische studie van interactieve procedures, theoretisch en praktisch: en die harmonie

¹⁸ Maar ook de filosofie is in het geding. Het logisch-dynamische perspectief past goed bij de moderne kentheorie, waar kennisbronnen, informatie, diagnose, herziening van geloof, leerprocessen, en sociale aspecten van betrouwbaarheid van bronnen, een steeds belangrijker rol spelen naast traditionele vragen als ‘wat is kennis’ (Baltag, Van Benthem & Smets 2013).

¹⁹ Uiteraard is deze opsomming niet volledig. Zo ben ik geheel voorbijgegaan aan *normatieve* aspecten van juridisch redeneren, die essentieel zijn voor rationeel handelen. Via de ‘deontische logica’ vindt normatief redeneren momenteel ook een plaats in de speltheorie.

heeft wellicht evolutionaire redenen. In dit perspectief is Toulmin's of Perelman's tegenoverstelling van recht en wiskundige logica zinloos. Logica en recht vervangen elkaar niet, maar ze kunnen elkaar juist aanvullen. Logica is een conceptueel laboratorium voor nieuwe bewijsregels en theorie van procedures. Het recht is een rijke praktijk die logische theorie kan inspireren en behoeden voor abstracte leegte.

Ik eindig echter met een ander verband. Aristoteles meende dat het kenmerk van een denkend mens niet alleen de zuivere logica was, maar een *vermogen tot oordelen*. Datzelfde thema vinden we bij Kant, en in een wat blekere vorm nog steeds bij de grote wiskundig-logicus Frege. Ik denk dat de combinatie van logica en juridisch oordeel ons meer zicht geeft op dit wezenlijke kenmerk van ons intellectuele leven.

Literatuur

- P. Anand, P. Pattanaik & C. Puppe, *Handbook of Rational and Social Choice*, Oxford: Oxford University Press 2009.
- L.J. van Apeldoorn, *Inleiding tot de Studie van het Nederlandse Recht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1963.
- A. Baltag, J. van Benthem & S. Smets, *The Music of Knowledge*, University of Amsterdam, Institute for Logic, Language and Comutation 2013.
- J. van Benthem, 'Recht en Redeneren', in: A. Soeteman & P.W. Brouwer (red.), *Logica en Recht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1982, p. 61-70.
- J. van Benthem, 'Action and Procedure in Reasoning', *Cardozo Law Review* 2001, 22, p. 1575-1593.
- J. van Benthem, 'A Logician Looks at Argumentation Theory', *Cogency* 1:2, Santiago de Chili: Universidad Diego Portales 2010.
- J. van Benthem, *Logical Dynamics of Information and Interaction*, Cambridge: Cambridge University Press 2011.
- J. van Benthem, *Logic in Games*, Cambridge, Mass.: The MIT Press 2013.
- J. van Benthem & R. Dijkgraaf, *Hoe Wiskunde Werkt in Natuur en Cognitie*, Syllabus avondcursus, Universiteit van Amsterdam 2005.
- B. Bolzano, *Wissenschaftslehre*, Sulzbach: Seidelsche Buchhandlung 1837.
- J. van Eijck & R. Verbrugge (red.), *Games, Actions, and Social Software*, Lecture Notes in Computer Science 7010, Heidelberg: Springer Verlag 2012.
- J. Horty, *Reasons as Defaults*, Oxford: Oxford University Press 2012.
- T. Huff, *The Rise of Early Modern Science: Islam, China and the West*, Cambridge: Cambridge University Press 1993.
- C. List & Ph. Pettit, 'Aggregating Sets of Judgments. Two Impossibility Results Compared', *Synthese* 2004, 140, p. 207-235.
- P. Lorenzen, *Einführung in die Operative Logik und Mathematik*, Berlin: Springer Verlag 1955.
- A. Malouf, *The Crusades through Arab Eyes*, New York: Schocken Books 1986.
- M. MacCrimmon & P. Tillers (red.), *The Dynamics of Judicial Proof: Computation, Logic, and Common Sense*, Physica & Springer Verlag 2002.
- J. F. Nijboer, *De Waarde van het Bewijs*, Deventer: Gouda Quint 1999.

- Ch. Perelman & L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'Argumentation: La Nouvelle Rhétorique*, Paris: Presses Universitaires de France 1958.
- H. Prakken, *Logical Tools for Modelling Legal Argument. A Study of Defeasible Reasoning in Law*, Dordrecht: Kluwer 1997.
- S. Toulmin, *The Uses of Argument*, Cambridge: Cambridge University Press 1958.
- P. Wason & P. Johnson-Laird, *The Psychology of Reasoning*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1972.
- J. Zhang & F. Liu, 'Some Thoughts on Mohist Logic', in: J. van Benthem, S. Ju & F. Veltman (red.), *A Meeting of the Minds*, Proceedings LORI Beijing 2007, College Publications, London 2007, p. 79-96.

Is er een rechtsgeleerde waarheid?

Arend Soeteman*

Wat is de status van rechtsgeleerde kennis? Enerzijds is het zelfbeeld van juristen dat juridische kennis niet van de subjectieve willekeur van individuen (met name rechters) mag afhangen: het recht in Amsterdam is hetzelfde als het recht in Rotterdam. Anderzijds weten we dat dit een fictie is. Rechters en rechtsgeleerden verschillen soms dramatisch van mening. Rechtsgeleerde kennis is gebaseerd op rechtsbronnen (wetten, verdragen, rechtspraak e.d.), maar vooral in moeilijke gevallen lijken die rechtsbronnen ambigu. Voor zover hier nog gesproken kan worden van kennis lijkt die de status van het lezen van theebladeren te hebben. Is dit nog wel kennis of gaat het vooral om keuzes? In hoeverre zijn deze keuzes dan rationeel verdedigbaar en in die zin objectief? Ik zal proberen duidelijk te maken hoe essentieel goede controleerbare argumentatie is in juridisch verband.

I. Waarheid

In mijn afscheidsrede, *Rechtsgeleerde waarheid*, verdedigde ik, geïnspireerd door Rawls en Dworkin, dat rechtsgeleerde waarheid een constructivistische waarheid is. Het ging, zei ik,

‘vooral om systematische, rationele en daardoor controleerbare pogingen problemen op te lossen. De waarheid van het recht is niet van empirische aard en zelfs niet van strikt cognitieve aard. De waarheid van het recht wordt gekend, maar ze wordt in zekere zin ook gemaakt door degenen die naar haar op zoek zijn. Niet een cognitieve, maar een constructieve waarheid. Deze juridische waarheid is normatief. Ze betreft niet alleen bestaande normen, ze is er ook een systematische, rationele en dus controleerbare interpretatie van.’¹

Bij de vraag of juridische inzichten wel waar kunnen zijn, gaat het mij niet om terminologie. De zaak is belangrijker dan dat. In een positivistische benadering berust recht enkel en alleen op de wil van competente organen. Dat betekent dat er ook geen ander interpretatiekader kan zijn dan wat in de rechtsbronnen vermeld staat. Anders gezegd: voor zover de rechtsbronnen ophouden of onduidelijk worden, kiest iedere rechter zijn eigen kader. Een discussie tussen rechters is dan eigenlijk niet goed mogelijk want er is geen echt meningsverschil; er zijn alleen botsende keuzes.

* Prof. mr. A. Soeteman was hoogleraar Encyclopedie en Rechtsfilosofie aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

1 A. Soeteman, *Rechtsgeleerde waarheid*, Afscheidsrede Vrije Universiteit Amsterdam 2009, p. 12, 13.

In deze moeilijke gevallen is recht dan overgeleverd aan de wil van de rechters die toevallig op de zaak zitten.

Nu is dit uiteraard in zoverre ook juist dat rechters in de praktijk inderdaad verschillend kunnen oordelen. Anderzijds echter beschouwen we rechterlijke oordelen niet als willekeurig, maar zit in ieder rechterlijk oordeel (en in iedere rechtsgeleerde opinie) ingebakken de claim dat dat oordeel (of die opinie) juist of beter is dan alternatieve oordelen. Dit is heel wezenlijk: als Schalken meent dat Wilders veroordeeld moet worden maar het OM meent van niet dan is daar een echt meningsverschil. Wanneer we dat niet als meningsverschil over wat waar is of wat recht is kunnen analyseren hebben we geen criteria meer voor wat we moeten doen en is het recht in zoverre uiteindelijk niet anders dan veredelde borrelpraat.²

In de dagelijkse omgang plegen we een uitspraak waar te noemen wanneer zij overeenstemt met de werkelijkheid. De uitspraak 'Willem Alexander is koning van Nederland' is waar wanneer Willem Alexander in werkelijkheid inderdaad koning van Nederland is. Voor zover dit suggereert dat wij de passieve ontvangers zijn van waarheid is dit echter wat al te naïef: in ieder geval sinds Kant weten we dat onze zintuigen en onze genetisch en/of sociaal bepaalde denkpatronen een constitutieve rol vervullen. De waarneming van een vleermuis moet totaal anders zijn dan die van ons. De Eskimo ziet veel verschillende soorten sneeuw (en heeft daar, heb ik mij laten vertellen, ook allerlei verschillende woorden voor) waar wij alleen sneeuw zien. In onze taal maken we zo onze eigen, voor een deel cultureel bepaalde, ordening van de werkelijkheid. Bekend is de alternatieve ordening in de Chinese encyclopedie van Borges, waarin staat dat dieren zijn te onderscheiden in (a) toebehorend aan de Keizer, (b) gebalsemd, (c) getemd, (d) speenvarkens, (e) zeemeerminnen, (f) fabeldieren, (g) zwerfhonden, (h) die welke in deze classificatie zijn opgenomen, (i) die welke te keer gaan als dwazen, (j) ontelbare, (k) die welke zijn getekend met een heel fijn kameelharen penseel, (l) enzovoort, (m) die welke net een vaas gebroken hebben, (n) die welke in de verte op vliegen lijken.³

Ik wil in het midden laten in hoeverre de afbeeldingstheorie over waarheid klopt voor de empirische wetenschappen. Ik heb daarover mijn twijfels, maar mijn onderwerp betreft de juridische wetenschap. En daar gaat zij in ieder geval niet op. Althans wanneer wij de positivistische benadering waarin kennis van het recht zich beperkt tot kennis van wat in de rechtsbronnen staat (en recht dus gescheiden is van moraal) verwerpen.

Ik meen dat we die positivistische benadering inderdaad moeten verwerpen. Juridische zinnen kunnen een beschrijving van het bestaande positieve recht beogen. Maar doordat iedere beschrijving van het bestaande recht tegelijk een interpretatie daarvan is, zijn beschrijvingen altijd meer dan alleen beschrijving. Ze zijn ook normerend (met meer of minder gezag).

2 Zoals gezegd: het hangt voor mij niet op de terminologie. Wanneer iemand hier liever van juiste oordelen dan van *ware* oordelen wil spreken dan is mij dat even lief. Het gaat er wel om dat de oordelen de hieronder in de tekst genoemde eigenschappen van objectiviteit en betwistbaarheid hebben.

3 J.L. Borges, 'De analytische taal van John Wilkins', in: J.L. Borges, *De cultus van het boek en andere essays*, Amsterdam: De Bezige Bij 1981, p.122.

Wanneer ik spreek over rechtsgeleerde waarheid heb ik het vooral over juiste rechtszinnen, die een juiste interpretatie geven van rechtsnormen, dus waarin we een interpretatie van het recht geven die juist is. Sterker: die de juiste is.

De afbeeldingstheorie van waarheid past hier niet erg op. Maar welke theorie over waarheid we ook hanteren, er zit in alle mij bekende theorieën een soort harde kern. Tot die harde kern behoort, denk ik, in ieder geval het volgende:

1. Waarheid is een eigenschap van proposities of oordelen (betekenissen van volzinnen).
2. Waarheid is objectief. Hiermee bedoel ik: ze hangt niet van onze persoonlijke voorkeur af. Dat wil natuurlijk niet zeggen dat wij zelf geen rol spelen: ons kenvermogen, onze taal, onze ordening van de wereld om ons heen, het doet allemaal mee. De aarde warmt op door CO₂-uitstoot. Volgens velen is dat waar, volgens anderen niet. Vooroordelen en al dan niet politieke wenselijkheden kunnen hun invloed op onze waarheden hebben. Maar niemand zal zeggen dat de aarde niet opwarmt door CO₂-uitstoot omdat de waarheid van deze (negatieve) propositie ons vrij laat met een gerust geweten door te gaan met verbranding van fossiele brandstoffen. Voor zover vooroordelen over een wenselijke werkelijkheid wel een rol spelen bij onze opvattingen beschouwen we die vooral als verontreiniging.
3. Een volgende eigenschap, die ook geïllustreerd wordt door de propositie over de opwarming van de aarde, is dat waarheid altijd betwistbaar is. Er zijn natuurlijk waarheden waar we tamelijk zeker van zijn, zo zeker dat we ons niet kunnen voorstellen dat anderen (of wijzelf in de toekomst) er anders over denken, zoals dat niets sneller kan bewegen dan het licht. Maar dan kan er plotseling uit Genève bericht komen dat men daar wel een snelheid sneller dan het licht heeft gemeten en slaat alsnog (in dit geval: voor korte tijd) de twijfel toe.

Het zou kunnen zijn dat we deze lijst nog kunnen aanvullen, maar voor mijn doel is dit nu voldoende. Bij waarheid, zoals ik die begrijp, gaat het altijd om betwistbare objectiviteit van oordelen. Dit geeft ruimte om niet alleen beschrijvende proposities, maar ook bijvoorbeeld normerende oordelen als waar of onwaar te kunnen beschouwen. Bij rechtsgeleerde waarheid zal vooral voorwaarde twee, de objectiviteit, problemen kunnen geven. Maar ook in het recht kunnen we niet onze subjectieve wenselijkheden als juridische waarheden verkopen. We hebben altijd een argumentatie nodig waarmee we pogen aan te tonen dat onze oplossing de door het recht verlangde oplossing is.

Spelen politieke overtuigingen van de rechter dan geen rol? Bij vragen rond rechtspraak en politiek is de betekenis van 'politiek' vaak nogal onduidelijk. De rechter doet (als het goed is) niet aan partijpolitiek. Maar de overtuigingen van de rechter over de interpretatie van het recht die tot de meest rechtvaardige inrichting van onze politieke samenleving leidt, kunnen wel degelijk van belang zijn. Het verschil tussen Schalken en het OM over de strafbaarheid van Wilders is niet te verklaren als we daarachter niet een verschil in visie zien over de onderlinge waardering van enerzijds vrijheid van meningsuiting en anderzijds een fatsoenlijke bejegening van

minderheden. Maar in beide gevallen gaat het om een waardering die aangestuurd wordt vanuit het recht. Noch Schalken noch het OM zal de eigen politieke voorkeur een-op-een in het recht vertalen. Zij kennen het verschil tussen wetgever en rechter. Het gaat beide om de meest rechtvaardige interpretatie van het bestaande recht. Dat is politiek, maar tegelijk juridisch.

2. Constructivisme

Zowel in de rechtspraktijk als in de rechtsgeleerdheid zijn we, meen ik, continu constructief aan het redeneren en interpreteren. Dit betekent dat juristen de bekende juridische bronnen gebruiken om tot zo goed mogelijke oplossingen van allerlei problemen te komen. Dat die oplossingen al in de bronnen staan, beschouwt de constructivist als een illusie. Dat die bronnen alleen kapstokken zijn waaraan iedere gewenste oplossing opgehangen kan worden past niet bij de praktijk van het recht.⁴

Constructivisme garandeert niet een bepaald resultaat, laat staan een goed resultaat. In de Nazitijd betekende het constructief redeneren van Duitse rechters dat antisemitische en fascistische beginselen de uitleg van het recht gingen bepalen.⁵ Het grote probleem van constructivistische interpretatie is in de tweede plaats dat de interpretatie ook overigens 'onbegrensd' kan zijn. Bij iedere te interpreteren tekst zouden ook voorgestelde interpretaties denkbaar moeten zijn, die misschien wel wenselijk zijn maar die toch de betekenis van de tekst dermate oprekken dat zij niet meer te goeder trouw als betekenis van deze tekst beschouwd kunnen worden. Op dit punt scoort het constructivisme zwak.

Maar uit dit alles volgt niet dat constructivisme de bestaande praktijk onjuist weergeeft of normatief verwerpelijk is. De denkbare alternatieven passen minder goed bij de praktijk van ons recht en zijn slechter. Het volgen van de letter van de wet geeft in nieuwe omstandigheden een resultaat dat slechts toevallig in overeenstemming kan zijn met de door de wet nagestreefde rechtvaardigheid. Beroep op bedoelingen van wetgevers leidt aan hetzelfde euvel, althans zolang men die bedoelingen letterlijk neemt en niet gebruikt als truc om de eigen opvatting in de wet te lezen. Aan de andere kant van het spectrum kennen we de vrije interpretatie, waarbij de rechter alleen in naam nog gebonden is aan de wet. Maar als de rechter volkomen vrij zou spreken is hij zijn taak aan het verwaarlozen: hij dient bestaand recht toe te passen en niet zijn eigen creatie aan partijen op te leggen. Bij constructieve interpretatie probeert de rechter de strekking van de wet, de rechtvaardigheidsidee waar de wet op berust, in ieder geval nog zo goed mogelijk toe te passen. Maar toegegeven moet worden dat de grens tussen constructieve en vrije rechtsvinding niet scherp is.

4 Dit is uitvoerig geanalyseerd door R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge: Harvard University Press 1986. Hij spreekt van resp. conventionalisme (p. 114 e.v.) en pragmatisme (p. 151 e.v.) en laat de tekortkomingen van beide benaderingen duidelijk zien.

5 B. Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung – Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Tübingen: Mohr 1968.

3. Constructivisme en waarheid

Zover was ik ongeveer toen ik mijn afscheidsrede uitsprak. Ik had toen uiteraard nog geen kennis genomen van het laatste boek van Dworkin: *Justice for Hedgehogs*, dat twee jaar later verscheen.⁶ Tot mijn verbazing bleek Dworkin het daar totaal niet eens met een constructivistische benadering (Dworkin 2011, p. 63-66). Hij vindt in dit boek dat waarheid niet geconstrueerd, maar ontdekt wordt. Als meest bekende voorbeeld van een constructivistische waarheid noemt hij Rawls' methode van de *original position*. Deze methode komt kort gezegd hierop neer dat Rawls de inhoud van rechtvaardigheid probeert te bepalen door iedereen terug te plaatsen naar een denkbeeldige wereld waarin nog geen politieke samenleving bestaat. Die wereld heeft nog een andere eigenaardigheid: we weten daar niet wie wij later zullen zijn, welke eigenschappen wij hebben, wat onze ideologie zal zijn, welke kwaliteiten wij zullen hebben, welk ras, welk geslacht enzovoort. Het enige wat wij weten zijn eigenschappen die ieder mens heeft: wij hebben behoefte aan eten, drinken en onderdak, en hebben van allerlei opvattingen waarvan sommige voor ons zeer belangrijk zijn (maar we weten nog niet welke dat zijn). Vanuit deze 'oorspronkelijke situatie' maken we afspraken over de inrichting van de politieke samenleving. Omdat we niets specifiek weten over onszelf is het niet mogelijk met onze specifieke belangen rekening te houden: we zijn per definitie onpartijdig.

Dworkin geeft twee interpretaties van deze benadering van de inhoud van rechtvaardigheid via de *original position*:

1. De originele positie is zo gemodelleerd dat fundamentele voorwaarden voor een rechtvaardige samenleving in de basis daarvan gegarandeerd zijn;
2. De originele positie en wat daaruit afgeleid wordt, is een poging te zoeken wat moreel gemeenschappelijk is om aldus een politieke 'toren van Babel' tegen te gaan. Redelijke mensen moeten dat dan accepteren, niet omdat het waar is, maar omdat het de enige manier is om een werkbare samenleving te krijgen.

Dworkin vat dit laatste aldus samen:

'The principles modelled in the original position on this account are chosen not because they are true but because they are common. (...) So we might understand constructivism, at least as Rawls understood it, not as itself providing a sceptical argument but rather as showing that moral truth need play no part in defending an attractive and detailed theory of political justice.' (p. 65).

In deze laatste benadering gaat het Rawls dus niet zozeer om morele waarheid, maar om een soort grootste gemene deler van wat wij allemaal wensen. In de eerste benadering daarentegen belichaamt de originele positie een soort morele waarheid en probeert Rawls de implicaties van die morele waarheid helder te krijgen.

6 R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge: Harvard University Press 2011.

Dworkin denkt dat Rawls in de loop van zijn leven steeds meer richting de tweede benadering is opgeschoven. Dat komt dan, denk ik, omdat Rawls behoorlijk gebio-logeerd was door de vraag hoe je een theorie zou kunnen ontwerpen die op de instemming van alle redelijke mensen zou kunnen rekenen. Ik wil nu echter graag in het midden laten wat de echte Rawls zou vinden (gesteld al dat er één echte Rawls zou hebben bestaan). Voor zover het om rechtsgeleerde waarheid gaat lijkt de eerste benadering verre de voorkeur te verdienen: als de rechter al zoekt naar consensus, dan naar consensus op basis van gedeelde en in het recht vastgelegde normatieve uitgangspunten.

Maar als rechtsgeleerde waarheid, zoals Dworkin in zijn laatste boek benadrukt, ontdekt wordt, dan is die ontdekking toch van andere aard dan de ontdekking van penicilline of het Higgs-deeltje. Deze laatste ontdekkingen zijn ontdekkingen die de empirische werkelijkheid betreffen. Morele en rechtsgeleerde ontdekkingen betreffen de vraag wat wij moeten doen. Onze rechtsgeleerde kennis is slechts ten dele van puur cognitieve aard: namelijk voor zover wij kennis kunnen nemen van wat in rechtsbronnen staat. Maar voor zover zij daarbovenuit gaat, overstijgt zij het cognitieve. Wij construeren, als gezegd, op basis van het bestaande recht zo goed mogelijke oplossingen voor nieuwe problemen. Zijn die oplossingen er dan al van tevoren? Ja, voor zover alle input die tot deze zo goed mogelijke oplossingen leidt van tevoren al aanwezig is. Nee, voor zover wij die oplossing niet alleen nog niet kennen maar bovendien nog moeten maken. We kunnen het vergelijken met het schrijven van een kettingroman. Gegeven de randvoorwaarden die het eerder geschrevene stelt, is er één best vervolg. Maar de schrijver moet dat nog wel maken.

Dit voorbeeld van een kettingroman is niet toevallig gekozen: in zijn eerdere *Law's Empire*⁷ werkt Dworkin deze vergelijking van rechterlijke oordelen met het toevoegen van een hoofdstuk aan een kettingroman uitvoerig uit. In dat boek spreekt Dworkin zelf ook herhaaldelijk over 'constructive interpretation' en het is mij niet helemaal helder waarom hij nu, overigens zonder enige verwijzing naar zijn eerdere werk, constructivisme verwerpt, tenzij hij er nu alleen een soort normloos zoeken naar consensus onder verstaat.

4. Scholten en Dworkin

Het is interessant Dworkin's opvatting over juridische kennis te vergelijken met de opvattingen van Paul Scholten. De beslissing van de rechter, zegt Scholten in de bekende slotparagraaf van het eerste hoofdstuk van het Algemeen Deel, wortelt tenslotte in het geweten van hem, die haar verricht (p. 174).⁸ De beslissing moet verantwoord kunnen worden vanuit het bestaande recht. Dat brengt de functie die de gemeenschap hem opgedragen heeft met zich mee. Maar naast dit verstandelijk element is er het intuïtieve element. Voor de rechter zelf is dat het belangrijkste: 'Tegenover de gemeenschap treedt het verstandelijk element op de voorgrond, het

⁷ Dworkin 1986 p. 228 e.v.

⁸ De verwijzingen zijn naar P. Scholten, *Algemeen Deel*, 2^e druk, Zwolle: Tjeenk Willink 1954.

intuïtieve op het tweede plan. Inwendig is de verhouding juist omgekeerd. De verstandelijke motivering van de gewetensbeslissing, hoe noodzakelijk ook voor ons zelf, raakt haar kern niet.' (p. 177). Alhoewel binnen het rechtssysteem verschillende mogelijkheden bestaan, is voor de rechter zelf iedere andere beslissing uitgesloten.

Bij Scholten is er dus wel kennis van het recht, ook in moeilijke gevallen en anders dan bij de rechtspositivist, maar die kennis richt zich uiteindelijk op het interne geweten van de rechter en kan daarom voor andere rechters heel anders zijn. Dat is onbevredigend. Alhoewel Scholten de motivering van de rechter beslist niet als rationalisatie van een intuïtief genomen beslissing wil zien komt zij voor de moeilijke gevallen hier toch wel heel dicht bij in de buurt. Wel geldt de randvoorwaarde dat de beslissing verantwoord moet worden vanuit het positieve recht, maar we weten allemaal hoe flexibel zo'n voorwaarde is. Positief kunnen we op het conto van Scholten schrijven dat hij heel goed inzag dat de positivistische tweedeling van in wetten en andere rechtsbronnen gegeven recht enerzijds en min of meer vrije invulling waar die rechtsbronnen ophouden anderzijds niet kon kloppen.

Deze bezwaren tegen de positivistische benadering delen Scholten en Dworkin. Maar er is ook een duidelijk verschil. Dworkin heeft het nergens over het geweten van de rechter. Voor Dworkin moet de rechter altijd het antwoord geven dat het beste past bij het bestaande recht. Daar zitten twee kanten aan: het moet passen bij het bestaande (*dimension offit*) en het moet er het beste bij passen (*dimension of justification*). De eerste kant komt overeen met wat Scholten 'het verstandelijk element' noemt. De laatste kant hangt samen met de achterliggende morele theorie. Recht is altijd neerslag van de morele opvattingen in de samenleving (of althans in dat deel daarvan dat invloed heeft op het recht). Recht dient daarom geïnterpreteerd te worden op een manier die die morele opvattingen en daarmee het recht zo goed mogelijk doen zijn. Hoe dat zit als de heersende morele opvattingen barbaars zijn, is een probleem waaraan ik nu voorbij ga, alhoewel zeker niet uitgesloten is dat ook ons positieve recht wat barbaarse trekjes is gaan vertonen (minimumstraf, hernieuwde vervolging van wie al vrijgesproken was, hoge griffierechten, zelfs voor gedaagden, onderschikking van klassieke rechten aan tijdelijke beleidsdoeleinden, een majoritaristische of populistische interpretatie van democratie). De gebruikelijke situatie is dat de betreffende morele opvatting zeer verdedigbaar is en dat de rechter de taak heeft die opvatting zo goed mogelijk toe te passen. Naast de tekst van de rechtsbronnen spelen daarbij ook achterliggende principes een rol.

Ook bij Dworkin is er kennis van het recht, zelfs in moeilijke gevallen. Dworkin is beroemd of berucht geworden door zijn stelling dat er voor ieder juridisch probleem altijd één juist antwoord is. Wie dat antwoord geeft, spreekt de waarheid, zoals hij ook in zijn jongste boek, *Justice for Hedgehogs* (2011) nog eens uitgebreid uiteenzet.

5. Eén juist antwoord?

De stelling over het ene juiste antwoord wordt nogal eens misverstaan.⁹ Het eerste misverstand is dit: uit het feit dat capabele rechtsgeleerden het soms fundamenteel met elkaar oneens zijn, volgt dat er niet één waarheid is. Dit vooronderstelt dat we het over echte waarheid altijd eens zouden moeten zijn of althans na enige deliberatie over eens zouden moeten kunnen worden. Dat is echter alleen het geval wanneer we allemaal over alle relevante informatie zouden beschikken en bovendien een onfeilbaar inzicht zouden hebben. Noch het één noch het ander is evenwel het geval. Ik heb hier boven als kenmerk van waarheid genoemd dat waarheid altijd betwistbaar is. Met juridische oordelen is dat zeker niet minder het geval dan met bijvoorbeeld natuurwetenschappelijke oordelen omdat er in het gebied van de natuurwetenschappen altijd een empirische werkelijkheid is die ons tegen kan spreken. Ook normatieve en juridische oordelen kunnen weerlegd worden, maar afgezien van wetswijziging of een heldere uitspraak van de Hoge Raad is die weerlegging in heel veel gevallen minder eenduidig dan in de natuurwetenschappen verondersteld wordt.

Daarmee hangt een tweede misverstand samen: wie waarheid claimt voor zijn stellingen is een arrogante betweter. Dat kan natuurlijk best zo zijn, maar het hoeft niet: we kunnen heel goed waarheid claimen en tegelijk van onze feilbaarheid overtuigd zijn. Ik ben op dit punt een Popperiaan: mijn waarheden zijn hypothesen. Ik heb er, als het goed is, argumenten voor, maar het valt nooit uit te sluiten dat er op een gegeven moment betere argumenten voor een alternatieve waarheid blijken te bestaan en dat mijn hypothese dus onjuist blijkt. Anders gezegd: waarheid is per definitie betwistbaar.

6. Controleerbaarheid van het juiste antwoord

Het feit dat de empirische werkelijkheid nooit een rechtsgeleerde waarheid kan tegenspreken betekent wel dat het lastiger is te ontdekken wat rechtsgeleerd waar is. Er is daarom extra behoefte aan in de eerste plaats een goede en controleerbare argumentatie en in de tweede plaats aan maximale openheid van de beslissers. Dat laatste wordt in de rechtspraktijk enigszins tegengehouden door het geheim van de raadkamer en ik bepleit daarom om het eens te proberen, althans op het niveau van de Hoge Raad, met de invoering van *dissenting* en *concurring opinions*, zoals we dat in

⁹ Bijvoorbeeld door C. Maris, 'Het laatste avondmaal, Ronald Dworkin (1931-2013)', *Ars Aequi* 2013, 10, p. 786-789. Maris legt eerst, correct, uit dat fundamentele rechtsgeleerde meningsverschillen geen afbreuk doen aan Dworkins opvatting over het ene juiste antwoord (p. 786, rk). Maar even verder (p. 789, rk) heet het dat de erkenning dat een opponent redelijkerwijs tot een andere afweging tussen rechtsbeginselen kan komen dan jijzelf het juiste antwoord doet ontbreken. Hier komt de oude Maris uit de mouw: hetzelfde beweerde hij al meer dan twintig jaar geleden tijdens een lezing van Dworkin in Brussel. Desondanks is het niet alleen in strijd met de eerdere bewering, maar ook onjuist.

een aantal andere landen kennen.¹⁰ Het eerste is in theorie minder controversieel: juristen in het algemeen en rechters meer in het bijzonder dienen goed te argumenteren.

Maar argumenteren is in het kader van rechtsgeleerdheid (en ethiek, maar daarover gaat het hier niet) zo mogelijk van groter belang dan in de empirische wetenschappen. Redeneerfouten kunnen daar afgestraft worden door de empirische werkelijkheid. Wie niet goed berekent hoe stevig de fundamenteën van een huis moeten zijn krijgt zijn ongelijk bij instorting bewezen. Zoals de eerder genoemde discussie over de invloed van CO₂-uitstoot op de opwarming van de aarde illustreert, is het daar ook niet altijd eenduidig: de empirische werkelijkheid kan zich in meerdere gedaantes laten zien. Maar in het recht spelen onze weloverwogen normatieve oordelen de rol die de empirische werkelijkheid speelt in de empirische wetenschappen. En alhoewel veel van die weloverwogen normatieve oordelen volstrekt onomstreden zijn (we vinden allemaal dat we geen kinderen mogen mishandelen en, uitzonderingen misschien daargelaten, volwassenen evenmin, dat we elkaar niet mogen doden tenzij daar een uitzonderlijke rechtvaardiging voor is, dat we vrijheid van godsdienst en vrijheid van meningsuiting hebben, enz. enz.), denken we vaak zeker over de nadere invulling van deze oordelen nogal verschillend. Het materiaal waaraan we oordelen kunnen toetsen is binnen de rechtsgeleerdheid minder hard dan in de empirische wetenschappen.

De consequentie hiervan is dat voor de controleerbaarheid van onze resultaten meer accent op de argumentatie komt te liggen. Controleerbaarheid van argumentatie garandeert niet dat we het eens worden, maar zij maakt wel duidelijk waar de meningsverschillen precies liggen. In dit kader is formele logica van eminent belang. Logica leert ons niet hoe we moeten argumenteren, maar zij helpt wel bij het controleren van argumentatie en het lokaliseren van meningsverschillen.¹¹

¹⁰ Zie hierover mijn afscheidsrede *Rechtsgeleerde waarheid*, p. 21 e.v. Zie ook: A. Soeteman, 'Met één mond? Over disco's in het recht', *Ars Aequi* 2010, p. 864-867.

¹¹ Ik heb dit uitvoeriger uiteengezet in mijn afscheidsrede, p. 16 e.v. en eerder o.a. in A. Soeteman, 'Legal Logic? Or can we do without?', *Artificial Intelligence and Law* 2003, nr. 11, p. 197-210.

4 Recht en staat

Juristen en de staat: van centrum naar periferie?

Mark Bovens*

Lezing in het kader van de serie *Recht in geding*, KNAW 12 maart 2012. Met dank aan Sara Le Cointre voor haar hulp bij het verzamelen van het materiaal en het opstellen van de figuren.

1. Inleiding

In het voorjaar van 2012 wijdde de *Volkskrant*¹ een hele pagina aan de zorgelijke toestand in het notariaat. Door de invoering van marktwerking in 1999 kwamen er prijsvechters en zijn de tarieven sterk gedaald. Door de crisis op de huizenmarkt dreigde vervolgens een aantal kantoren kopje onder te gaan. De onrust leidde zelfs tot het oprichten van een actiegroep *Notaris voor rechtszekerheid*, die grote kritiek had op de passieve rol van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB). Zoals de mede-initiatiefnemer notaris Jef Oomen het uitdrukte: ‘Wij willen daar een leider zien die als warm pleitbezorger van het notariaat kan aanschuiven bij Pauw & Witteman.’

Zoals altijd wanneer het om notarissen gaat, kwam ook hoogleraar notarieel recht Martin Jan Van Mourik aan het woord. Hij richtte zijn pijlen met name op minister van Veiligheid en Justitie Ivo Opstelten. Ik citeer

‘Hij heeft rechten gestudeerd, maar daarmee is ook alles gezegd over zijn benul van het recht. Het is hemeltergend hoe die man, ingefluisterd door historicus Maxime Verhagen, de rechtszekerheid aan het slopen is. We leven al in een wereld waar de commercie welig tiert en allerlei marskramers het niet zo nauw nemen met de belangen van de argeloze consument. Als we die twee hun gang laten gaan, wordt het nog veel erger.’

Op diezelfde pagina kwam ook een hoogleraar mededingingseconomie aan het woord, Barbara Baarsma. Zij reageerde vrij nuchter op de tirade van Van Mourik: ‘Notarissen moeten niet terugvallen in de reflex dat het ministerie van Justitie het notariaat beter moet beschermen. De markt doet prima zijn werk in het notariaat, de prijzen van aktes zijn gedaald en er is meer innovatie. Consumenten profiteren.’ Over de rechtszekerheid die in het geding zou zijn, zei ze het volgende: ‘Daar moeten

* Prof. dr. mr. M. Bovens is hoogleraar bestuurskunde aan de Universiteit Utrecht.

1 De *Volkskrant* 1 maart 2012, p. 11.

ze eerst maar eens bewijs voor leveren. Ik heb één van die claims onderzocht: die bleek niet door de feiten ondersteund te worden.'

De actiegroep van notarissen kreeg in ieder geval op één punt snel zijn zin: een paar weken later stapte het voltallige bestuur van de KNB op.

Deze casus staat niet op zichzelf. Op tal van terreinen staan juridische zekerheden en vaste beginselen ter discussie. Juridische instituten, zoals het notariaat en de rechterlijke macht, worden zeer kritisch bejegend. Rechters verliezen hun onaantastbare positie. Misstappen, zoals in de Chipshol-zaak en de Schiedammerparkmoord, ja zelfs een etentje bij een leesclub, worden onder een vergrootglas gelegd. Kamerleden laten zich uit over zaken die onder de rechter zijn en de voordrachten voor de vacatures bij de Hoge Raad blijven niet meer onbesproken.

De natuurlijke reflex van juristen – ik was er zelf een – is om dan hogere beginselen van de rechtsstaat aan te roepen. Zie Van Mourik en de actiegroep van notarissen: 'Opstelten en Verhagen slopen de rechtszekerheid.' Het is de vraag of dat gaat werken. Ik zal betogen dat deze strategie aan dovemansoren is gericht, nu de wetgevende en uitvoerende macht in meerderheid uit niet-juristen bestaan, voor wie de juridische logica en beginselen van de rechtsstaat geen onaantastbare evidenties zijn. De juridische rationaliteit moet concurreren met andere rationaliteiten: economische, zoals bij de notarissen, bedrijfsmatige, zoals bij de herinrichting van de rechterlijke macht, en politieke, zoals bij de commotie rondom de strafrechtspraak. Dat vraagt om andere overtuigingsstrategieën, maar ook om zelfreflectie, want het zou wel eens kunnen zijn dat niet alle juridische heilige huisjes de tand des tijds verdienen te doorstaan.

2. Van centrum naar periferie

Ik wil beginnen met een analyse van de positie van juristen binnen de staat. Gedurende de gehele negentiende eeuw en een groot deel van de twintigste eeuw zaten juristen comfortabel in het centrum van de macht. De politieke en bestuurlijke elite in ons land is al die tijd gedomineerd geweest door juristen. Ik begin met de politieke elite. In de negentiende en een groot deel van de twintigste eeuw werden Kamer en kabinet gedomineerd door juristen. Die dominantie van juristen is vaak verklaard door de overeenkomsten tussen het juridische metier en het politieke handwerk.² Max Weber noemde in zijn rede over *Politik als Beruf* ooit de advocatuur een van de betere leerscholen voor politieke leiders. Je leert er voor een zaak opkomen, argumenteren, onderhandelen en het vraagt de nodige intellectuele flexibiliteit om steeds weer andere zaken te bepleiten – ook zaken waar je persoonlijk misschien niet achter staat. Dat zijn allemaal competenties die van pas komen in Kamer en kabinet.

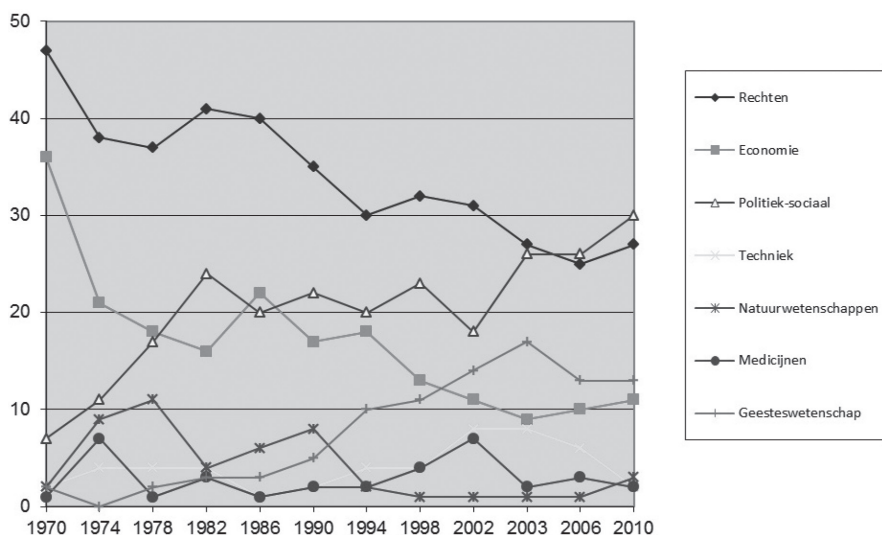
2 Zie M. Cotta & H. Best, 'Between professionalization and democratization: A synoptic view on the making of the European representative', in: H. Best & M. Cotta (red.), *Parliamentary representation in Europe 1848-2000*, Oxford: Oxford University Press 2000, p. 510.

Maar er is ook een wat meer prozaïsche reden: er waren in relatieve zin gewoon heel veel juristen. De juridische opleiding was gedurende de negentiende en twee derde van de twintigste eeuw de belangrijkste academische opleiding voor generalisten.

2.1. Tweede Kamerleden

Voor zover Kamerleden academisch waren geschoold – in het midden van de twintigste eeuw gold dat voor zo'n 50 procent van de Kamerleden – waren dat in meerderheid juristen.

Vanaf de democratisering van het hoger onderwijs, in de jaren zestig van de vorige eeuw, neemt niet alleen het aantal academici in ons land sterk toe, maar ook de variëteit in disciplines. Het duurde een jaar of twintig voordat deze academische babyboomers de mars door de instituties hadden voltooid, maar vanaf de jaren tachtig zie je dat het percentage juristen in de Tweede Kamer sterk afneemt ten gunste van andere disciplines, met name maatschappijwetenschappers, zoals economen, sociologen, politicologen en bestuurskundigen.



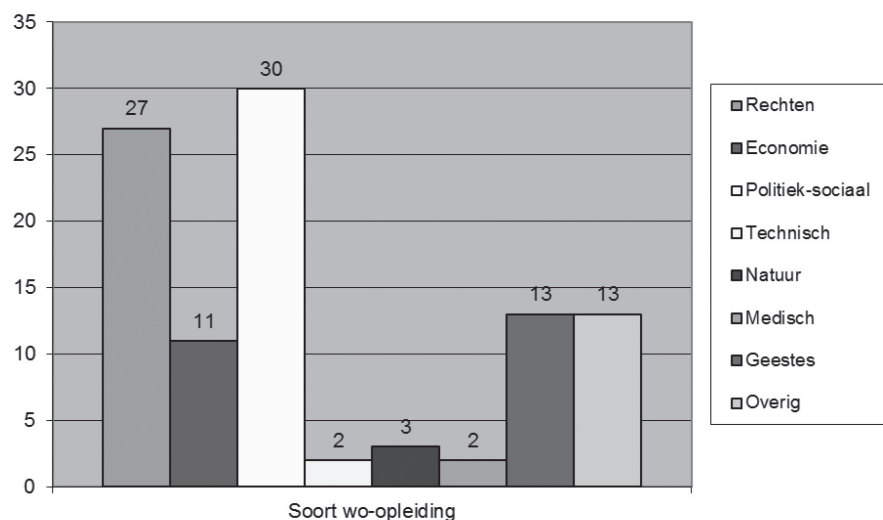
Figuur 1 Universitaire graad Tweede Kamerleden, 1970-2010 (%)³

In de jaren vijftig en zestig had een meerderheid van de academisch gevormde Kamerleden een meestertitel, vanaf de jaren zeventig halveert dat.⁴ Het zijn aanvankelijk de economen en later vooral de sociologen, politicologen en bestuurskundigen die

³ Bron: J.Th.J. van den Berg, 'Parlementariërs in tijden van politieke turbulentie', in: K. Aarts, H. van der Kolk & M. Rosema, *Een verdeeld electoraat: de Tweede Kamerverkiezingen van 2006*, Utrecht: Spectrum 2007, p. 154; eigen gegevens voor 2010.

⁴ Zie J.Th.J. van den Berg, *De toegang tot het Binnenhof: de maatschappelijke herkomst van Tweede Kamerleden tussen 1849 en 1970*, Weesp: Van Holkema & Warendorf 1983, p. 134; J.Th.J. van den Berg & B. van den Braak, 'Kamerleden als passanten in de Haagse politiek: de maatschappelijke

sterk opkomen. Vanaf 2006 zijn de maatschappijwetenschappers de juristen in aantal voorbijgestreefd.



Figuur 2 Universitaire achtergrond Tweede Kamer 2010 (abs.)⁵

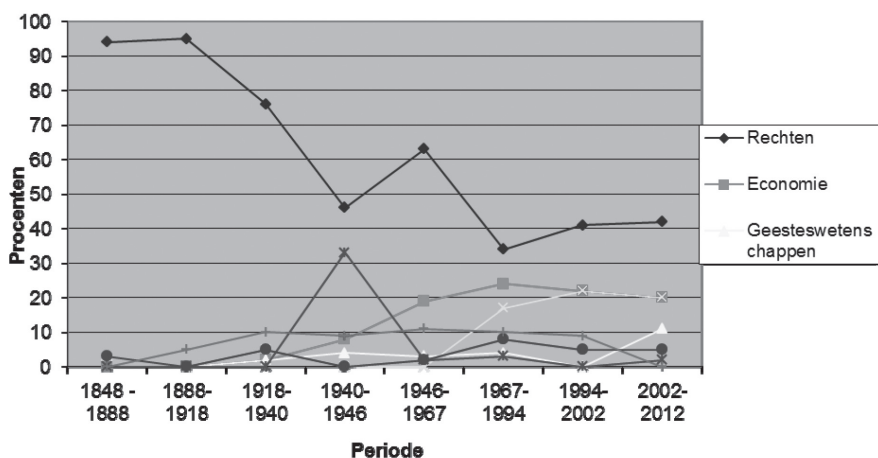
Van de huidige 150 Tweede Kamerleden (peildatum juni 2010) hebben er 101 een academische opleiding afgerond. Daarvan zijn er 27 (ook) jurist. Dat is dus ongeveer 27 procent van alle academici en slechts 18 procent van alle Tweede Kamerleden. De meeste juristen zitten bij de VVD (zeven stuks); de fractie van D66 en Groen-Links hebben elk maar één jurist, net als de kleine fracties van SGP, CU en de PvdD. De PVV heeft vier juristen.

2.2. De ministers

Voor het kabinet zie je soortgelijke verschuivingen, zij het dat het percentage juristen daar iets meer op peil blijft. Figuur 3 laat het aantal juristen zien onder de ministers met een academische opleiding. Tot en met de jaren zestig waren juristen ruim in de meerderheid, de laatste decennia schommelt het tussen de 30 en 40 procent. Als percentage van het totaal is dat natuurlijk lager, omdat er altijd ook de nodige ministers zijn met een hbo-opleiding. In de afgelopen decennia ligt het totale percentage juristen in het kabinet zo rond de 30 procent.

herkomst van Tweede-Kamerleden 1970-2004', in: C.C. van Baalen e.a. (red.), *Jaarboek parlementaire geschiedenis* 2004, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, p. 75.

⁵ Bron: <www.parlement.com>.



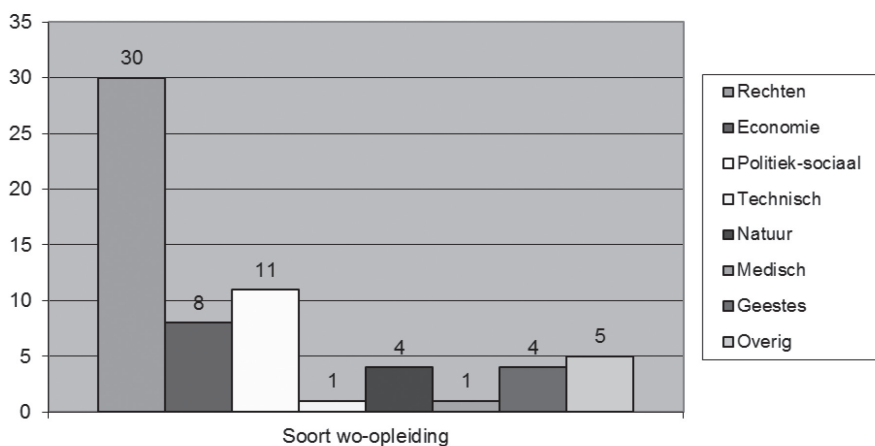
Figuur 3 Disciplinaire achtergrond universitair geschoolde ministers, 1848-2012 (%)⁶

Van het huidige kabinet-Rutte voeren drie bewindslieden een meestertitel. Geen van hen is echter *hard-core* jurist. Minister Spies komt het dichtst in de buurt, zij deed rechten en economie in Leiden. Ook minister De Jager heeft rechten gestudeerd, maar deed dat naast en na zijn opleiding tot bedrijfseconoom aan Nijenrode en de Erasmus Universiteit. En dan is er natuurlijk ook Opstelten, voor wie geldt, volgens Van Mourik: ‘Hij heeft rechten gestudeerd, maar daarmee is ook alles gezegd over zijn benul van het recht.’

2.3. Eerste Kamerleden

Alleen in de Eerste Kamer houden de juristen tot nu toe redelijk stand. Van de huidige 75 Eerste Kamerleden hebben er 64 een academische graad, 30 hiervan hebben de meestertitel, dat is 47 procent, bijna de helft van de academici dus, en 40 procent van het totaal. Anders dan in de Tweede Kamer is D66 hier trouwens wel een echte juristenpartij – alle vijf fractieleden zijn jurist.

6 Bron: W.P. Secker, *Ministers in beeld: de sociale herkomst van de Nederlandse ministers (1848-1990)*, Leiden: DSWO Press 1991, p. 86; eigen gegevens via <www.parlement.com> voor de periode vanaf 1994.



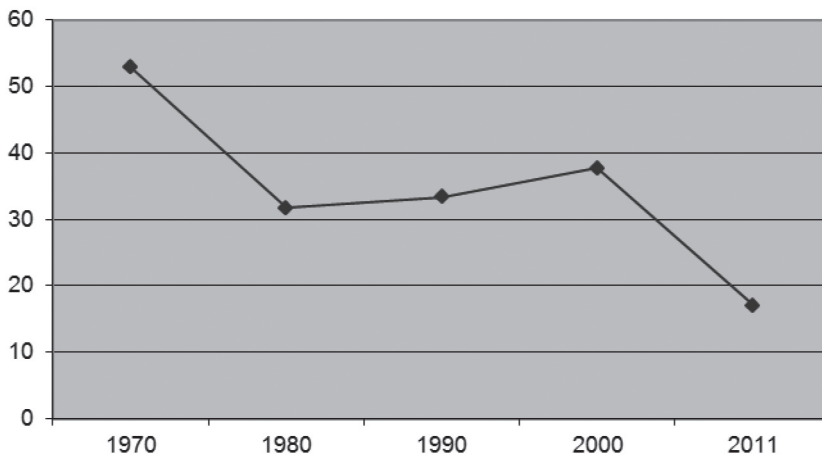
Figuur 4 Universitaire achtergrond Eerste Kamer 2012 (abs.)⁷

2.4. De top van het ambtelijk apparaat

In de uitvoerende macht zie je soortgelijke bewegingen. Ook daar gold lange tijd dat de juridische opleiding de belangrijkste weg was naar bestuurlijke functies en dat in de loop van de jaren zeventig en tachtig andere disciplines hun opmars hebben gemaakt.⁸ Ik beperk mij tot de top van het ambtelijk apparaat in Den Haag, de secretarissen-generaal, de directeuren-generaal en hun plaatsvervangers. Dat zijn, afhankelijk van de modes in departementale indeling, tussen de tachtig en de honderd personen. Ook hier hebben we gekeken, op basis van de Staatsalmanak, wie er de meestertitel voert. Dat leverde het volgende beeld op:

⁷ Bron: <www.parlement.com>.

⁸ Zie bijv. F.M. van der Meer & L.J. Roborgh, *Ambtenaren in Nederland: omvang, bureaucratisering en representativiteit van het ambtelijk apparaat*, Alphen aan den Rijn: Samsom Tjeenk Willink 1993, p. 324-326.



Figuur 5 Het aantal juristen in de ambtelijke top, 1970-2011 (%)⁹

Ook hier zie je dus dat er onder deze generalisten nog maar weinig juristen zijn. Uiteraard is de top van Justitie nog steeds jurist, maar bij veel andere departementen staan er doctorandussen (en trouwens ook veel doctoren) aan het roer. Er werken nog steeds de nodige juristen in het openbaar bestuur, maar die vind je vooral in de meer klassieke juridische stafdirecties, zoals Wetgeving en Juridische Zaken, waar ze werken als wetgevingsjurist of juridisch adviseur.

2.5. Van centrum naar periferie

Het algemene beeld is dat juristen in de afgelopen decennia geleidelijk van het centrum naar de periferie van de staat zijn opgeschoven. Er werken nog steeds veel juristen in 'Den Haag', maar zij zijn hun dominante positie kwijtgeraakt en zijn voor een belangrijk deel verdreven naar juridische reservaten aan de periferie van de macht: juridische stafdirecties, de Raad van State en de Eerste Kamer.

Die demografische verschuiving in de belangrijkste organen en instituties van de staat heeft ook consequenties voor de positie van het juridische gedachtegoed. Een ruime meerderheid van de belangrijkste spelers in de Haagse arena's is niet meer gesocialiseerd in een aantal juridische vanzelfsprekendheden. Dat uit zich op een aantal manieren:

- De nieuwe generatie ambtenaren heeft geen of slechts een beperkte kennis van het staats- en bestuursrecht, zo is een veelgehoorde klacht in Den Haag. Elementaire zaken, zoals de ministeriële verantwoordelijkheid en staatkundige verhoudingen, zitten vaak niet in de bagage. Daarnaast geldt dat veel beleidsambtenaren een instrumentele benadering van het recht hebben. Juridische

⁹ Bron: eigen gegevensvergaring via de Staatsalmanak.

regelingen zijn maar één van de vele instrumenten in de gereedheidskist van het beleid. Omdat de juristen zijn teruggedrongen in de stafafdelingen, is de juridische rationaliteit niet meer van meet af aan een van de centrale elementen in de beleidsvorming, maar komt deze pas in beeld in de slotfase van het beleidsproces, wanneer de meeste kaarten al zijn geschud.

- Hetzelfde geldt voor leden van de Tweede Kamer. Er is bijvoorbeeld minder kennis van en aandacht voor het wetgevend ambacht. Dat komt overigens niet alleen door het dalende aantal juristen, maar ook door de sterk toegenomen omloopsnelheid van Kamerleden, als gevolg van de grotere volatiliteit onder de kiezers.¹⁰ Zo zijn er aanwijzingen dat in de afgelopen jaren de doorlooptijd van wetsontwerpen in de Tweede Kamer is gedaald. Dat lijkt overigens te worden gecompenseerd door de Eerste Kamer, die langer is gaan doen over de behandeling van wetgeving. Een mogelijke verklaring hiervoor is dat de Eerste Kamer meer tijd neemt om kritisch naar de wetgeving te kijken en manco's te repareren.¹¹

Meer in het algemeen zou je kunnen stellen dat andere rationaliteiten vaker de strijd aangaan met de juridische rationaliteit in beleid en politiek. Ik noem een paar voorbeelden.

- Vanuit de economie, de bedrijfskunde en belangrijke delen van de sociologie is er een sterke neiging om de burger als rationele actor te bekijken die uit is op maximalisatie van zijn nut. Vanuit dit beeld van de burger als *homo economicus* is het rationeel om veel financiële prikkels in het rechtsbedrijf in te bouwen. Denk aan de verhoging van de griffierechten, de invoering van bedrijfsmatig werken in de rechterlijke macht en aan de marktwerking bij de notarissen. Vanuit deze economische rationaliteit is het bijvoorbeeld ook onbegrijpelijk dat het binnen de advocatuur nog steeds niet is toegestaan om openlijk te werken op basis van *no cure, no pay*.
- Vanuit een meer politieke rationaliteit is er bijvoorbeeld ook een fundamenteel andere kijk op de legitimiteit van het rechtsbedrijf. Voor juristen zijn traditie en professionele autoriteit belangrijke bronnen van gezag – voor juristen is het bijvoorbeeld volstrekt legitiem om argumenten te onderbouwen met een verwijzing naar bijvoorbeeld het corpus juris, de heersende leer, vaste jurisprudentie van de Hoge Raad, handboeken en andere geleerde bronnen. Vanuit een politieke rationaliteit kom je niet zover met een beroep op juridische notabelen. In het politieke bedrijf leggen kiezers, politieke partijen, volksvertegenwoordigers en de publieke opinie veel meer gewicht in de schaal. In een democratie is, direct of indirect, de stem van het volk immers de belangrijkste bron van legitimiteit. Vanuit een politieke rationaliteit is het helemaal niet vanzelfsprekend dat de Kamer niet mag debatteren over een zaak die onder de rechter is, dat er

¹⁰ Vgl. Van den Berg 2007, p. 140.

¹¹ Zie hiervoor C. van Zon, *Wetmatigheden: een onderzoek naar de doorlooptijd van wetsvoorstellen in de parlementaire fase gedurende de periode Kok I-Balkenende IV* (MA afstudeerscriptie Bestuurskunde Utrecht), 2011.

een geheim van de raadkamer is, of dat bewezenverklaring en straftoemeting allemaal aan de rechter moeten worden overgelaten.

- Vanuit een meer populistische politieke rationaliteit – voor veel juristen is deze combinatie vermoedelijk een *contradictio in terminis* – is invoering van constitutionele toetsing door de rechter bijvoorbeeld niet erg rationeel. Waarom zoveel staatsmacht in handen leggen van enkele tientallen voor het leven benoemde hoogopgeleiden die vrijwel allemaal de NRC lezen en D66 stemmen? Voor hen is het veel rationeler om te pleiten voor juryrechtspraak en voor het rechtstreeks kiezen van officieren van justitie en rechters. Zo kunnen Henk en Ingrid ook enig gewicht in de schaal leggen.

Meer in het algemeen is het vanuit een politieke rationaliteit niet logisch om de trias politica vooral als een strikte scheiding der machten in te vullen. Een *checks and balances*-benadering past veel beter, omdat zo de *countermajoritarian difficulty* van een al te activistische rechterlijke macht kan worden gepareerd. Dat betekent bijvoorbeeld dat het heel rationeel kan zijn voor Kamerleden om zich juist wel met de rechterlijke macht te bemoeien, ook als zaken nog onder de rechter zijn, of als er nieuwe leden van de Hoge Raad moeten worden benoemd.

Kortom, politici en ambtenaren met een niet-juridische achtergrond zullen meer dan juristen gericht zijn op doelmatigheid in plaats van op rechtmatigheid, meer gefocust zijn op responsiviteit dan op onafhankelijkheid, en meer geneigd zijn tot evenwicht dan tot scheiding van machten.

3. Recht in geding

3.1 Zelfreflectie

Het is de vraag of deze botsing van rationaliteiten erg is. De opkomst van andere disciplines dwingt juristen tot zelfreflectie. Wat zijn nu echt de niet-onderhandelbare beginselen van de rechtsstaat en wat zijn historisch gegroeide juridische conventies die ook anders kunnen worden ingevuld? De natuurlijke neiging van juristen, zo zeg ik provocerend, is om direct met het zware geschut van de rechtsstaat en de rechtszekerheid aan te komen – zie de notarissen. In het ambtelijk apparaat zijn juristen vanouds de *nee-zeggers* – altijd erg goed in uitleggen waarom iets niet mag of niet kan. Die defensieve, vaak wat verongelijkte strategie duwt juristen nog verder in de periferie.

Lang niet alle juridische vanzelfsprekendheden zijn echter even diep in steen gebeiteld:

- Waar staat eigenlijk geschreven dat de trias politica eist dat Kamerleden zich nooit mogen uitlaten over zaken die nog onder de rechter zijn?¹²

¹² Zie bijv. H. Gommer, *Onder de rechter*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 243-244.

- Waarom moeten het geheim van de raadkamer en de eenheid van rechtspraak zo strikt worden uitgelegd dat er geen *dissenting opinions* naar buiten mogen komen?
- Waarom verantwoorden rechters zich niet in het openbaar over hun vonnissen?
- En waarom eigenlijk zou het vanzelfsprekend moeten zijn dat de Hoge Raad via coöptatie wordt samengesteld en mag de Tweede Kamer daar niets over zeggen?

In andere landen met een zeer goed ontwikkelde juridische traditie, zoals de Verenigde Staten, is het volstrekt vanzelfsprekend dat het Congres zich diepgaand bemoeit met de samenstelling van het Supreme Court, dat lagere rechters worden gekozen, dat er juryrechtspraak is, en dat vonnissen uitgebreid en in normale mensentaal worden gemotiveerd, inclusief afwijkende meningen.

3.2. Zendingswerk

De confrontatie met andere disciplines dwingt juristen, zo hoop ik, tot meer reflectie over wat er in de democratische rechtsstaat echt toe doet en wat vooral conventie is, tamelijk contingente tradities die van handboek op handboek zijn overgeleverd. Maar van juristen wordt vervolgens ook meer zendingswerk gevraagd. Als er inderdaad sprake is van cruciale beginselen, dan moet het woord van de rechtsstaat ook luid en duidelijk worden verkondigd. Juristen zullen meer dan voorheen hun collega's in Kamer en kabinet moeten overtuigen en er zal meer werk moeten worden gemaakt van het socialiseren van jonge ambtenaren en nieuwe Kamerleden en voor het permanent bijscholen van de gevestigde orde – zo heeft de Algemene Bestuursdienst (ABD) op dit moment zelfs speciale modules over de democratische rechtsstaat voor de topmanagementgroep van DG's en SG's in het leven geroepen.

Ook zullen juristen meer dan voorheen een rol moeten spelen in het publieke debat. Waar zijn de gezaghebbende juridische commentatoren die in gewone mensentaal in de media kunnen uitleggen wat er in het geding is? Waarom zijn er wel tientallen BE'ers, nationaal bekende economen, en waarom zijn er, buiten Ybo Buruma dan, nauwelijks BR'ers, bekende rechtswetenschappers? Het kan toch niet zijn omdat de economie een zoveel toegankelijker of succesvoller wetenschap is. De juristen doen zichzelf tekort door de media over te laten aan de beperkte groep van ijdele strafrechtpleiters, zoals Moszkowicz en Spong.

Daarmee ben ik weer terug bij de actiegroep van notarissen waar ik mee begon. Bij elke aantasting van de eigen belangen direct de rechtszekerheid en de rechtsstaat inroepen is niet geloofwaardig. Maar hun pleidooi voor leiders die als warme pleitbezorgers van het notariaat kunnen aanschuiven bij Pauw & Witteman is het overwegen waard. De rechtswetenschap en de gezaghebbende juridische instituten, zoals de rechterlijke macht, de orde van advocaten en, vooruit, ook het notariaat, doen er goed aan te investeren in zendingswerk gericht op het grotere publiek en de media. Het recht kan wel wat warme en vooral ook heldere pleitbezorgers gebruiken.

Bestuursrecht en het ethos van de rechtsstaat

Ernst Hirsch Ballin*

I. Inleiding

Het verschijnen van de eerste druk, nu ruim 35 jaar geleden, van het boek van P. de Haan, Th.G. Drupsteen en R. Fernhout over *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat – Instrument en waarborg*¹ was een doorbraak in het denken over het bestuursrecht. Tot dan lag de nadruk hetzij op de ambten van het openbaar bestuur en hun bevoegdheden, hetzij op de waarborgen tegen onjuist en onrechtmatig bestuur in de vorm van rechtsmiddelen die door de burger konden worden ingeroepen. Sommige boeken combineerden deze twee benaderingen, maar De Haan c.s. stelden voor het eerst het doel van toekenning, gebruik en toetsing van de bestuursbevoegdheden centraal: deze staan immers ten dienste van het voeren van beleid, overeenkomstig de doelstellingen van een sociale rechtsstaat. Daarin heeft het bestuur taken op het gebied van onder andere onderwijs, gezondheidszorg, economie, sociale zekerheid, ruimtelijke ordening en milieu.

Omdat het bestuur deze taken vervult op basis van bestuursrechtelijke wetten en met gebruikmaking van de rechtsvormen van het bestuursrecht, vatten De Haan c.s. het bestuursrecht primair als ‘instrument’ op. De beklagprocedures en rechtsmiddelen waarvan belanghebbenden gebruik kunnen maken terzake van de instrumenten van het bestuursrecht, zijn als het ware de keerzijde van de medaille. De Haan c.s. duiden deze aan als de waarborgfunctie van het bestuursrecht. Vandaar de ondertitel: ‘instrument en waarborg’. Zonder zulke waarborgen tast het instrumentalisme (‘law as a means to an end’) de rechtsstaat aan (‘a pervasive “threat to the rule of law”’).²

De in ‘Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat’ gelegde verbinding met het concept van de democratische en sociale rechtsstaat betrof dus beide dimensies. Omdat met de instrumenten van het bestuursrecht (wetgeving, planning, financiering, concrete besluiten en handelingen) de beleidsdoelstellingen worden gerealiseerd die

* Prof. mr. E.M.H. Hirsch Ballin is hoogleraar aan de juridische faculteiten van Tilburg University en de Universiteit van Amsterdam.

¹ Deventer: Kluwer 1978.

² M. Krygier (met verwijzing naar B. Tamanaha), ‘Rule of Law’, p. 247, in: D. Shelton, *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 233-249.

uit sociale, economische en culturele grondrechten voortvloeien, staat het bestuursrecht in dienst van de sociale rechtsstaat. Omdat daarbij de rechten van de bestuurdenden moeten worden gerespecteerd en zij zich daarop in bezwaar en beroep kunnen baseren, staat het bestuursrecht in dienst van een in klassieke zin opgevatte rechtsstaat. Daar gaat het om vrijheidsrechten en burgerrechten.

‘Instrument’ en ‘waarborg’ kunnen dus niet van elkaar worden losgemaakt. Het is echter in een rechtsstaat ontoereikend, de erkenning van de fundamentele rechten van de burger alleen maar te zien als een correctief bij de uitvoering van het overheidsbeleid. In een rechtsstaat is de burger niet slechts object van het bestuurlijk handelen, jegens wie bestuurlijke instrumenten worden toegepast. Deze verandering doet zich in alle ontwikkelde democratieën voor, Frankrijk – het land waarvan Nederland een belangrijk deel van zijn bestuursrechtelijke concepten te danken heeft – niet uitgezonderd. Pierre Rosanvallon beschrijft ‘le fait que les citoyens éduqués des sociétés développées ne reconnaissent plus le type de supériorité implicite qui légitimait auparavant la haute fonction publique.’³ Maatgevend is de erkenning van de burger als persoon en rechtssubject: in zijn noden moet daar waar nodig worden voorzien door goed overheidsbeleid, zijn waardigheid en persoonlijke ontwikkeling (onderwijs, zorg, veiligheid) moeten worden beschermd, en in de bestuurlijke procedure moet hij als mondig subject worden betrokken.

2. De bestuursrechtelijke rechtsbetrekking

Vanaf 1984 kreeg de bestuurlijke procedure gestalte in het mede door het *Verwaltungsverfahrensgesetz* geïnspireerde werk aan de Algemene wet bestuursrecht, die op 1 januari 1994 in werking trad. Daarmee is uitvoering gegeven aan het in 1983 tot stand gekomen artikel 107 lid 2 van de Grondwet. De aandacht voor deze algemene regels betekende een verdere verdieping van het rechtstatelijke karakter van het Nederlandse bestuursrecht. In plaats van als onderdaan en object van bestuursbevoegdheden, kregen de belanghebbenden erkenning als subject en burger in de volle betekenis van het woord (citizens). In het voetspoor van het werk van de Duitse rechtstheoreticus Norbert Achterberg⁴ werd het bestuursrecht in deze jaren geduid als een orde van rechtsbetrekkingen tussen bestuursorgaan en burger. De Nederlandse hoogleraar administratief recht W.G. Vegting had trouwens al in de jaren vijftig de administratiefrechtelijke rechtsverhouding centraal gesteld in zijn helaas nimmer geactualiseerde handboek.⁵ Het zonder overleg uitoefenen van gezag door de overheid over haar onderdanen had in de praktijk steeds meer plaatsgemaakt voor werkwijzen en procedures die de burger als drager niet alleen van plichten,

3 La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité, Paris: Éditions du Seuil 2008, p. 113.

4 N. Achterberg, ‘Rechtsverhältnisse als Strukturelemente der Rechtsordnung’, *Rechtstheorie* 1978, nr. 9, p. 385 e.v.

5 W.G. Vegting, *Het algemeen Nederlands administratiefrecht* (twee delen), Alphen aan den Rijn: Samson 1954-1957.

maar ook van rechten identificeren. De memorie van toelichting bij de Algemene wet bestuursrecht en publicaties over de achtergronden⁶ wezen daarom op een zekere wederkerigheid in deze rechtsbetrekkingen.

Men zou zich kunnen afvragen of de aanduiding als ‘wederkerig’ veel toevoegt aan het begrip van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. In het begrip rechtsbetrekking is immers reeds geïmpliceerd dat het om een relatie tussen twee subjecten met rechten en verplichtingen gaat; wederkerigheid is daaraan per definitie eigen. Schlössels en Zijlstra (de huidige bewerkers van *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*) gaan nog een stap verder: zij achten het gebruik van het woord ‘wederkerig’ met betrekking tot bestuursrechtelijke rechtsbetrekkingen onjuist.⁷ Anders dan Schlössels en Zijlstra aannemen, betekent ‘wederkerigheid’ van de rechtsbetrekking echter geenszins dat burger en overheid gelijkwaardig zouden zijn en met gelijke rechten tegenover elkaar zouden staan. Evenmin valt deze ‘wederkerigheid’ samen met het omstreden begrip van ‘horizontalisering’, waarvan slechts in specifieke situaties kan worden gesproken.

De misverstanden rondom de ‘wederkerigheid’ waren intussen voldoende reden om in latere parlementaire stukken slechts van de ‘bestuursrechtelijke rechtsbetrekking’ te spreken. Wie de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking in haar dynamiek beziet, kan echter niet aan de wederkerigheid van totstandkoming, gelding en handhaving voorbijgaan. Het bestuursorgaan legt bijvoorbeeld aan de burger in het kader van een milieuvergunning plichten op, maar kan zo’n vergunning niet zonder redelijke gronden weigeren. De burger is gehouden het bestuursorgaan over relevante veranderingen te informeren, maar het bestuursorgaan kan in geval van een licht verzuim bij de uitoefening van de bevoegdheid tot handhaving geen onevenredige sancties opleggen. Anders dan in een civielrechtelijke rechtsbetrekking is er geen (verondersteld) op uitruil gebaseerd evenwicht van rechten en plichten, maar ze zijn er wel, van de burger jegens het bestuursorgaan en van het bestuursorgaan jegens de burger. Dat is eigen aan rechtsstatelijk bestuursrecht.

3. Rechtsstatelijk bestuursrecht

Met de erkenning dat besturen altijd binnen de werkingssfeer van het recht valt, is de eerste en beslissende stap gezet om van een rechtsstatelijk bestuurrecht te kunnen spreken. Dat is een kenmerk van het bestuursrecht in elke democratische rechtsstaat. De constitutie ‘as an attempt to ensure that government decisions are a product of deliberation that respects and reflects the values of all members of

6 Zie E.M.H. Hirsch Ballin, ‘Wederkerig bestuursrecht’, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1989, afl. 1, p. 1-4. Ook opgenomen in *Rechtsstaat & beleid*. Een keuze uit het werk van mr. E.M.H. Hirsch Ballin, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 261-265.

7 R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat* (De Haan/Drupsteen/Fernhout), Deventer: Kluwer 2010, p. 49.

society'⁸ behoort tot de grondslagen van het bestuursrecht. De Raad van State heeft in 2011 een door W.J.M. Voermans en J.H. Gerards met medewerking van M.L. van Emmerik en H.-M.Th.D. ten Napel geschreven rapport gepubliceerd waaruit blijkt dat de in literatuur, adviezen en Nederlandse en Europese rechtspraak aan het concept rechtsstaat gegeven uitleg in hoge mate convergeert.⁹ In het voetspoor van de Venetië Commissie van de Raad van Europa inventariseerde de Adviesraad Internationale Vraagstukken in een recent advies de volgende elementen:

- legaliteit (voorrang van de wet);
- juridische zekerheid;
- verbod op willekeur;
- toegang tot onafhankelijke en onpartijdige rechters;
- respect voor mensenrechten zoals het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel en het recht op een eerlijk proces; en
- non-discriminatie en gelijkheid voor de wet.¹⁰

De rechtsstatelijke kwaliteit is meer dan het volgen van regels met mogelijkheden van bezwaar en beroep; ze is verweven met de andere dragende principes van het constitutionele bestel. Artikel 2 van het Verdrag betreffende de Europese Unie somt deze 'waarden' op waarop de Europese Unie berust en die de lidstaten gemeen hebben: 'eerbied voor de menselijke waardigheid, vrijheid, democratie, gelijkheid, de rechtsstaat en eerbiediging van de mensenrechten, waaronder de rechten van personen die tot minderheden behoren'. Rechten die toegang tot de rechter verzekeren (vgl. naast art. 6 EVRM ook art. 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie) inzake het optreden van een staat die economie en samenleving reguleert (een 'regulatory state') behoren tot de kenmerken waaraan de constitutie van zo'n staat behoort te voldoen, aldus Susan Rose-Ackerman:

'Constitutional reformers thus need to consider expanding judicially enforceable rights of participations, transparency, and reason-giving even in such systems where the dynamics of ordinary politics will not produce statutes that require more accountable policymaking inside government.'¹¹

Dit alles is niet alleen een kwestie van goede theorievorming, maar ook van belang voor de werking van het bestuursrecht. De Adviesraad Internationale Vraagstukken wijst erop dat de kwaliteit van de rechtsstaat mede een kwestie is van bestuurlijke

8 M. Weidenfeld, 'A Civic Republican Justification for the Bureaucratic State', p. 25, in: P. Schuck (red.), *Foundations of Administrative Law*, Oxford/New York: Oxford University Press 1994, p. 25-27.

9 W.J.M. Voermans & J.H. Gerards, m.m.v. M.L. van Emmerik & H.-M.Th.D. ten Napel, *Juridische betekenis en reikwijdte van het begrip 'rechtsstaat' in de legisprudentie & jurisprudentie van de Raad van State*, Den Haag: Raad van State 2011.

10 De rechtsstaat. Waarborg voor Europese burgers en fundament van Europese samenwerking, Advies nr. 87, januari 2014, Den Haag: Adviesraad Internationale Vraagstukken 2014, p. 14-15.

11 'The regulatory state', p. 685, in: M. Rosenfeld & A. Sajó (red.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 671-685.

cultuur, dus van de houding die overheidsfunctionarissen ten opzichte van de burgers aannemen:

‘De checks and balances in de staatsinrichting moeten niet worden gezien als obstakels voor daadkrachtig bestuur, maar als de essentie van een democratische rechtsstaat. Dit is in hoge mate een kwestie van bestuurlijke en juridische cultuur en de bereidheid van gezagsdragers hiervan voortdurend rekenschap te geven.’¹²

Dit ethos van de rechtsstaat vereist een gerichtheid van de inhoud van bestuurlijke beslissingen op een in gelijke waardigheid samenleven. Het maakt daadwerkelijk verschil in welke mate het bestuursrecht wordt gedragen door zo’n ethos. De legitimatie in wisselwerking: aan alle burgers wordt gevraagd de door de meerderheid gestelde regels te aanvaarden. Dat vereist een constitutioneel niveau op basis van naar hun aard voor een ieder aanvaardbare besluitvormingsregels, die beperkingen aan de wil van de meerderheid stellen: wie tot de minderheid behoort, mag nooit worden ontdaan van de rechten die ieders persoonlijke waardigheid, vermogen tot deelneming aan het politiek en maatschappelijk discours en toekomstperspectieven betreffen.

Tot dit voor consensus vatbare constitutionele niveau behoort, zoals gezegd, het democratisch karakter van de besluitvorming. Gekozen vertegenwoordigers van de staatsburgers beslissen volgens een openbare procedure bij meerderheid over de wettelijke regels die een ieder – ook de overheden – binden. Het legaliteitsbeginsel fundeert de bevoegdheden van de overheid om vorm en richting te geven aan optreden waarmee de samenleving wordt bestuurd: het bestuursrecht in zijn ordenende en toedelende functies.

Daarom is democratische besluitvorming betrokken op maatschappelijke veranderingen. De tijd dat het bestuursrecht werd gezien als normen die de overheid oplegt om de samenleving van bovenaf te veranderen is voorbij, nu interacties met belanghebbenden en hun organisaties zo’n grote plaats zijn gaan innemen (interactief bestuur), maar de door het bestuursrecht mogelijk gemaakte veranderingsprocessen zijn des te belangrijker geworden. Daarom slaan vereenvoudigende exposés over het recht de plank mis wanneer zij een regeling of besluit alleen in hun gestolde vorm bezien. Het recht maakt bij voortduring veranderingen juist mogelijk en doet daarom een beroep op iedere burger en rechtsgenoot daaraan deel te nemen.

4. De taak van de rechter

Nederland was in vergelijking met andere Europese staten een laatkomer bij het inrichten van volledige rechtspraak inzake geschillen tussen burger en overheid.

¹² De rechtsstaat. Waarborg voor Europese burgers en fundament van Europese samenwerking, Advies nr. 87, p. 17.

Totdat bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens invoering van algemene bestuursrechtspraak werd afgedwongen,¹³ had de opvatting de overhand dat het bestuur, wegens de democratische legitimatie die het van de volksvertegenwoordiging ontving, in een bijzondere, met waarborgen omklede beroepsprocedure zelf het laatste woord moest hebben. Het administratief beroep bij de Kroon (dat wil zeggen de regering, geadviseerd door een afdeling van de Raad van State) werd na het genoemde arrest vervangen door onafhankelijke rechtspraak. Voor een deel van deze geschillen tussen burger en overheid was reeds eerder rechtspraak ingevoerd, waaronder het in 1976 opengestelde beroep bij een rechterlijke afdeling van de Raad van State. Al in 1974 had J. van der Hoeven, de eerste voorzitter van die afdeling, in een principiële beschouwing getracht duidelijk te maken dat de rechter in zulke geschillen de vrijheid van het bestuur, die 'in wezen een *verplichting* inhoudt', dient te confronteren met de vrijheid van de burger.¹⁴ In de rechtspositie van de burger is het recht begrepen om gevrijwaard te worden van willekeur. Een bestuursorgaan dient een nadere afweging van belangen op een in rechte controleerbare wijze te motiveren. Het oordeel van het bestuursorgaan is immers, aldus Van der Hoeven, 'niet vrij, zoals een burger vrij kan zijn in zijn oordelen en beslissen'.¹⁵

Desalniettemin bleef in de praktijk van de bestuursrechtspraak een zeer beperkte, 'marginale' opvatting van de rechterlijke taak een belangrijke rol spelen; mogelijk was dit mede het gevolg van de grote aantallen te behandelen rechtszaken, die een zekere verambtelijking en standaardisering van de zaaksbehandeling nodig maakten. De vervanging van beroep op de Kroon door rechtspraak werd dientengevolge niet door iedereen als een vooruitgang ervaren.

De hierbij gevolgde gedachtegang houdt in dat de rechter in verhouding tot het bestuursorgaan een beperkte legitimatie heeft. De rechter kan zich slechts op de wettelijke regels baseren, terwijl het bestuursorgaan door de democratische verantwoordingsplicht aan het parlement, de gemeenteraad enzovoort ook gelegitimeerd is beslissingen te nemen die niet door de wettelijke regels worden bepaald, telkens wanneer deze 'ruimte' laten. Deels gaat het daarbij om de toepassing van wettelijke categorieën op concrete situaties: het bestuursorgaan heeft de taak feitenonderzoek te doen en vervolgens de feiten te kwalificeren in de termen van de wettelijke regeling (*beoordelingsruimte*). Anderzijds zijn er situaties waar de wettelijke regeling (dat kan ook bijvoorbeeld een gemeentelijke verordening zijn) een nadere afweging van de belangen bewust overlaat aan het bestuursorgaan. Deze 'discretionaire bevoegdheden' laten aan het bestuursorgaan *beleidsruimte*. De rechter laat in beiderlei situaties, aldus M. Schreuder-Vlasblom, het bestuursorgaan ruimte 'voor

¹³ EHRM 23 oktober 1985, AB 1986, 1, m.nt. E.M.H. Hirsch Ballin, NJ 1986/102, m.nt. E.A. Alkema.

¹⁴ J. van der Hoeven, 'De rechterlijke functie in de administratieve rechtspraak', p. 673, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1974, afl. 5-6, p. 658-678, ook in: *Staatsrecht en bestuursrecht. Opstellen van Mr. J. van der Hoeven*. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p.197-217.

¹⁵ Van der Hoeven 1974, p. 673.

een bestuurlijk-politieke weging van feiten of belangen'.¹⁶ Slechts bij onomstotelijke juridische fouten zoals een tegenstrijdige of lacuneuze motivering komt de rechter tot een vernietiging van het besluit.

Dat de rechter ook inzake feitenvaststelling en -kwalificatie een zo vergaande 'terughoudendheid' – een vertaling van het uit de Amerikaanse rechtsleer bekende begrip *judicial restraint* – betracht, spreekt in een rechtsstaat niet vanzelf. De mate van terughoudendheid verschilt trouwens al naar gelang de samenstelling van rechterlijke colleges en hun werkterrein. Deze verschillen betreffen met name de vaststelling en kwalificatie van omstreden feiten. Het argument van de constitutionele zuiverheid mist daar overtuigingskracht: interpretatie van wettelijke begrippen is normaal rechterlijk werk en niet iets dat van politieke opvattingen afhankelijk moet zijn. Bovendien behoort dit deel van het werk van bestuursorganen geen onderwerp van politieke afwegingen en aansturing te zijn; artikel 2:4 van de Algemene wet bestuursrecht schrijft voor dat het bestuursorgaan zijn taak zonder vooringenomenheid verricht. Veeleer komt het hier op de ambtelijke professionaliteit aan, waar nodig met inschakeling van deskundigen. Vooral in vreemdelingenzaken heeft de terughoudendheid van de Afdeling bestuursrechtspraak bij de vaststelling en beoordeling van feitelijke omstandigheden kritiek opgeroepen. De uitsluiting van nieuw bewijsmateriaal in latere fases van de procedure gaf in 2010 aanleiding tot een wijziging van artikel 83 Vreemdelingenwet.¹⁷ Inmiddels verplicht artikel 46 van de Procedurerichtlijn inzake internationale bescherming van 26 juni 2013 de lidstaten van de Europese Unie erin te voorzien 'dat een daadwerkelijk rechtsmiddel een volledig en ex nunc onderzoek van zowel de feitelijke als juridische gronden omvat'.¹⁸

5. Evenredigheid

Naast de vereiste motivering en zorgvuldigheid kan de rechter ook toetsen of bij de afweging van belangen het beginsel van evenredigheid in acht is genomen. Het bestuursrechtelijke evenredigheidsbeginsel is in artikel 3:4 lid 2 van de Algemene wet bestuursrecht als volgt omschreven: 'De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot

¹⁶ M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2013, p. 588. Schreuder-Vlasblom ziet ook als wettelijke normen geen 'duidelijke betekenis' hebben, 'ruimte voor bestuurlijk-politieke motieven om de ene of de andere kant op te redeneren' (p. 592).

¹⁷ In de editie 2011 van het handboek van Schreuder-Vlasblom werd deze wetswijziging buiten beschouwing gelaten (zie p. 563) en aanvankelijk in de jurisprudentie van de Afdeling gedeeltelijk zelfs ontkracht (ABRvS 15 juli 2011, nr. 201102129/1/V2, ECLI:NL:RVS:2011:BR3774, JV 2011/380, en ABRvS 27 december 2011, nr. 201108202/1/V4, ECLI:NL:RVS:2011:BV0404, JV 2012/95, m.nt. T.P. Spijkerboer). Sinds haar uitspraak van 21 juni 2013, AB 2013, 312 geeft de Afdeling aan de wetswijziging meer gevolg.

¹⁸ Richtlijn 2013/32/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van de internationale bescherming (herschikking), PbEU 2013, L 180/60.

de met het besluit te dienen doelen.¹⁹ De dubbele ontkenning ('niet onevenredig') geeft er blijk van dat de wetgever met deze bepaling geen strakke binding van het bestuursorgaan voor ogen stond. Daarnaast verwijzend heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in 1996 geoordeeld dat de in 1994 in werking getreden bepaling de rechter geen nieuwe, verder reikende toetsingsmaatstaf heeft willen verschaffen.²⁰ Alleen bij het opleggen van punitieve sancties moet de rechter, aldus Schreuder-Vlasblom, 'ten volle' de evenredigheid beoordelen.²¹ Schlössels en Zijlstra nemen hierover echter – mijns inziens terecht – een genuanceerd standpunt in: zij wijzen erop dat een evenredigheidstoetsing naar het voorbeeld van de Europese jurisprudentie een zinvolle precisering van de rechterlijke oordeelsvorming zou kunnen opleveren.²² Het gaat bij die toetsing om een beoordeling van nut en noodzaak van een maatregel in verhouding tot het nagestreefde doel,²³ aangevuld met een beoordeling of de ingrijpendheid van de maatregel redelijk is.²⁴ Dit laatste element is evident het lastigste, omdat exacte maatstaven per onderwerp moeten worden ontwikkeld.

Een toetsing aan dit beginsel kan inderdaad, zonder dat de rechter het territoir van de politieke waarderungen betreedt, verder reiken dan de in de jurisprudentie van de Afdeling gebezigde min of meer uitwendige controle op de wijze van vaststelling en afweging van de betrokken belangen. De ervaring in verscheidene rechtstelsels laat zien dat het beginsel, mits uitgewerkt in de stappen van beoordeling die gaandeweg internationaal gebruikelijk zijn geworden, bruikbaar is om onredelijke macht effectief te begrenzen. *Proportionality*, aldus Moshe Cohen-Eliya en Iddo Porat, 'travels easily and swiftly from legal system to legal system, despite divergences in constitutional culture, reflecting a generic structure to constitutional law across the globe'.²⁵

De opvatting in de Nederlandse jurisprudentie, in het bijzonder van de Afdeling bestuursrechtspraak, die het evenredigheidsbeginsel ondanks zijn codificatie vrijwel terzijde schuift, wijkt op het eerste gezicht sterk af van wat Europees en internationaal steeds meer gemeengoed wordt. Wanneer men echter dit beginsel beziet in relatie tot het concept van de rechtsstaat, kan een verklaring voor dit verschil aan het licht komen. De zaken waarover de Afdeling heeft te oordelen, raken buiten het

19 Zie over de ontstaansgeschiedenis in rechtsvergelijkend perspectief de dissertatie van A.J.C. de Moor-van Vugt, *Maten en gewichten; het evenredigheidsbeginsel in Europees perspectief* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

20 ABRvS 9 mei 1996, AB 1997, 93 (Kwantumhal Venlo).

21 Schreuder-Vlasblom 2013, p. 613.

22 Schlössels & Zijlstra 2010, p. 413.

23 *Suitability and necessity*. Zie Y. Arai-Takahashi, 'Proportionality', p. 451-452, in: Shelton 2013, p. 446-468.

24 Men noemt dit de evenredigheid in strikte zin. 'Proportionality stricto sensu requires "measuring the relative intensity of the interference with the importance of the aim sought."' Zie – met verwijzing naar Stavros Tsakyrakis – Arai-Takashaki in: Shelton 2013, p. 466.

25 M. Cohen-Eliya & I. Porat, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge/New York: Cambridge University Press 2013, p. 153.

sanctierecht en het vreemdelingenrecht slechts zelden belangenconflicten waarbij een van de betrokken belangen in de sfeer van fundamentele rechten is gelegen en het andere niet. (Bij bouwzaken kan men aan beide kanten een door het grondrecht op eigendom beschermd belang vermoeden.) Een gewoon belangenconflict waarin het bestuur trancheert, komt dus niet vanzelf in de sfeer van de door Cohen-Eliya en Paorat bedoelde constitutionele rechten, terwijl in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie juist wel vaak de fundamentele vrijheden van het EU-recht, dan wel andere fundamentele belangen in het spel zijn.

Dat het evenredigheidsbeginsel vooral op het terrein van fundamentele rechten (rechten van de mens, constitutionele rechten) tot ontwikkeling is gekomen, is geen toevalligheid. Het redeneerschema van de evenredigheidstoetsing is bipolair:²⁶ het te dienen belang versus het geschade belang. Alleen wanneer het geschade belang een hoge waarde in de rechtsorde heeft, zal het aanleiding kunnen geven tot een succesvol beroep op het evenredigheidsbeginsel. Daarom is het onjuist, de evenredigheidstoetsing te beperken tot de buitenkant van een zorgvuldige procedure, zonder in te gaan op de eis dat de gevolgen in die procedure zijn gewaardeerd aan de hand van maatstaven van aanvaardbaarheid, bijvoorbeeld of men redelijkerwijs van iemand kan vergen zoveel lawaai of ongemak te ondergaan, of als – in het kader van een beoordeling van de evenredigheid van de afwijzing van een verblijfsvergunning – wordt gezegd dat iemand met de partner toch in een ander land kan leven.

Het evenredigheidsbeginsel kan voor de rechter geen rechtvaardiging vormen om in plaats van politieke organen eigen beleid te gaan voeren. Dat is echter ook niet de structuur van de evenredigheidstoetsing. Weliswaar geldt ‘proportionality analysis is never value-neutral’, maar het maakt wel op een denkbeeldige schaal van intensiteit – met name waar de ‘very essence’ van rechten op het spel staat – grenzen zichtbaar. Het is, aldus Arai-Takashi, ‘an analytical and structural methode for assessing national decisions and is instrumental in enhancing certainty, coherence, transparency, and legitimate expectations – all essential ingredients for the rule of law.’²⁷

Deze laatste omschrijving maakt meteen duidelijk waarom de evenredigheidstoetsing een passend onderdeel is van de rechterlijke taak: het gaat om een analytisch instrument voor de beoordeling en weging van belangentegenstellingen, bij het ontbreken waarvan de *rule of law*, de rechtsstaat dus, onvoldoende zou zijn gewaarborgd. De vroegere Israëlische opperrechter Aharon Barak komt in zijn boek over dit beginsel tot vergelijkbare conclusies: het gaat om ‘legal determinations’ die niet feitelijk van aard zijn en dus weliswaar op waarden gebaseerd, maar de rechter geenszins ‘full, unbounded discretion’ geven. Al is volledige objectiviteit onmogelijk, de

²⁶ Misschien wel te veel. Zie Arai-Takashi in: Shelton 2013, p. 465.

²⁷ Arai-Takashi in: Shelton 2013, p. 467.

discretie van de rechter wordt beperkt door ‘the structured nature of judicial discretion’ en de transparante en methodische aard ervan.²⁸

6. Prognoses

De gebruikelijke beschrijving van proportionaliteit als afweging van bestaande verhoudingen vertoont dan ook op dit punt een merkwaardig tekort. Ze dreigt voorbij te gaan aan de toekomstgerichtheid die aan het bestuursrecht eigen is. Dit geldt bij uitstek voor alle besluiten met het karakter van een plan, bijvoorbeeld bestemmingsplannen en omgevingsvergunningen. Deze laatste betreffen weliswaar geen plannen van de overheid, maar wel van particulieren die daarvoor de instemming van een bestuursorgaan behoeven. De feitenvaststelling door het bestuur omvat dan naast een analytische vaststelling van bestaande situaties een prognose van toekomstige ontwikkelingen.²⁹ Zulke besluiten vergen prognostische onderzoeken en een daarop gebaseerde motivering.³⁰

Beleidsruimte van het bestuur is dus in een door een rechtsstatelijk ethos gekleurde relatie betrokken op de ‘beleidsruimte’ die aan vrije mensen toekomt wanneer zij aan hun leven gestalte geven. Deze laatste dimensie verdient extra aandacht: ze betreft de gerichtheid van bestuurlijk handelen op veranderingen die door het bestuur en door burgers, vaak in wisselwerking worden gerealiseerd. In beschouwingen over ‘beleidsvrijheid’ van het bestuur mist men deze relatie tot persoonlijke vrijheid – waarbij we moeten bedenken dat die persoonlijke vrijheid zelf ook niet een ‘gegeven’ is, maar mede afhankelijk van de wijze waarop het bestuur zich gedraagt, met name in situaties van achterstanden. Grondrechten beschermen de juridische en feitelijke ruimte voor veranderingen. De jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens gaat vaak juist over grondrechten die levensplannen van mensen beschermen, bijvoorbeeld in relatie tot migratie, onderwijs en rechten van kinderen.

7. Conclusie

In weerwil van wat vaak wordt aangenomen is de rechtsstatelijke kwaliteit van het bestuurlijk handelen meer dan een set ‘randvoorwaarden’. Het ethos van de rechtsstaat voedt de rechtsontwikkeling ook op terreinen waarvan men dat niet vermoedde. Dat geldt bijvoorbeeld ook voor het consumentenrecht, zoals Iris Benöhr in een recente monografie heeft laten zien.³¹ De erkenning in het Handvest van de

²⁸ A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge/New York: Cambridge University Press 2012, p. 478.

²⁹ E. Schmidt-Assmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, Berlin/Heidelberg/New York: Springer 2006, p. 85.

³⁰ In een boek van Walter Schmidt over besluitvorming in het Duitse bestuursrecht (*Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts*, München: C.H. Beck 1982) spelen prognoses een belangrijke rol.

³¹ I. Benöhr, *EU Consumer Law and Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 214.

grondrechten van de EU van consumentenbescherming als beleidsdoel en beginsel kan het beginpunt vormen van een zichtbaarder rol van rechten van de mens in het integratieproces. De summiere en abstracte omschrijving in het Handvest neemt niet weg dat zich daaruit op den duur meer specifieke rechten kunnen ontwikkelen, in het bijzonder in samenhang met andere relevante fundamentele rechten zoals het recht op privacy en het recht op een eerlijk proces.³² Op het gebied van de financiële dienstverlening gaat het in het bijzonder over de bescherming van zwakkere contractpartijen met beperkte financiële geletterdheid. Dat over onderwerpen als deze controverses bestaan, doet hieraan niet af: het is immers de taak van de politieke organen om uitgaande van hun constitutionele grondslagen daarover te beslissen. Dit is een van de vele facetten van de deliberatieve democratie,³³ waaraan ook dit artikel wil bijdragen.

³² A.w., p. 76.

³³ A.w., p. 214.

5 Recht en democratie

Democratierecht

Waarom democratie recht nodig heeft

Herman van Gunsteren*

1. Inleiding

Van politiek spreken we als de machtsuitoefening in een samenleving betwist wordt. Van politieke democratie spreken we als veel mensen in een samenleving aan die betwisting mee (mogen) doen. Deelnemers aan democratie noemen we burgers. Wanneer burgerschap verschaalt of door angst en bestaansnood wordt ingesnoerd kan democratie niet werken. Zonder reproductie van levendig burgerschap geen democratie. Het recht is onmisbaar voor de reproductie van burgerschap. Het garandeert dat een minderheid, ook een minderheid van een enkele persoon, een gerede gelegenheid heeft om zich steun van een meerderheid te verwerven. Door vrijheid van meningsuiting, vergadering, vereniging en demonstratie. En door verkiezingen waardoor zittende machthebbers kunnen worden vervangen.

Een democratie waarin het recht deze burgervrijheden handhaaft, ook tegen een meerderheidsbesluit in, noemen we een liberale democratie. Dat is een regiem waar het recht van een democratische meerderheid beperkt wordt ten behoeve van de vrijheid van de burger(s) om naar een andere meerderheid te streven. Een democratie waar de burgervrijheden niet door het recht tegen een meerderheid worden beschermd noemen we een totalitaire democratie. Na de ervaringen van de wereldoorlogen werd in de NAVO-landen de voorkeur voor de getemperde, liberale democratie dominant. Wel democratie, maar beschaafd, geordend en met niet al te veel opwinding en enthousiasme. De burgers werkten en consumeerden en gingen van tijd tot tijd naar de stembus. Democratie was gevaarlijk spul, giftig als je er te veel van had – het gif schuilt in de dosering.

2. Gevaren

Angst voor ontsporingen van democratie is niet van vandaag of gisteren. Plato schilderde hoe democratie tot tirannie kan leiden. De komst van democratie geeft burgers een gevoel van vrijheid. Zij willen nu zelf hun wensen uiten en bevredigd zien. Doordat hun wensen elkaar kruisen en niet instant bevredigd kunnen worden, raken ze teleurgesteld. De chaos van wensen resulteert in stagnatie. Om die te

* Prof. mr. H. van Gunsteren is emeritus hoogleraar Politieke Theorieën en Rechtsfilosofie aan de Universiteit Leiden.

doorbreken verkiezen ze, bij meerderheid, een leider die ze hieruit moet leiden. Als mensen hem daarbij in de weg staan, negeert hij ze en als ze dan nog storen bij het afmaken van zijn karwei worden ze opgesloten, afgevoerd of gedood. De gevierde leider is onbedoeld een tiran geworden.

Meer dan tweeduizend jaar later wees De Tocqueville op een tweede gevaar waaraan democratie blootstaat. De kans op herhaling van de chaos en terreur van de Franse revolutie acht hij in een democratie geringer dan in de eerste helft van de 19^e eeuw door veel reactionairen werd gevreesd. Waarvoor we in een democratie op den duur moeten vrezen, zo betoogt hij, is dat we geregeerd zullen worden door betweterige schoolmeesters, door bureaucraten die menen te weten wat goed voor ons burgers is.

In onze tijd doet zich een derde gevaar voor. Burgers keren zich van de gevestigde democratische politiek af, ze zijn onverschillig of politiek-vijandig. Velen – waaronder ook veelverdieners in het zakenleven – menen dat ze wel zonder politiek en democratie kunnen. De staat zien zij als een opgeblazen stoorzender die praatjes verkoopt welke niet worden waargemaakt. Als onverschilligheid en de illusie dat we best zonder het geweldsmonopolie van de staat kunnen bij velen post vatten, dan blijven er weinig burgers over die bereid zijn om zich voor de publieke zaak in te zetten. Bij tegenslag kan een democratie dan zomaar omwaaien.

De eerste twee gevaren van tirannie en bureaucratie worden getemperd door juridische voorzieningen. De staatstirannie die na 9/11 dreigde is door rechterlijke colleges een halt toegeroepen. Zelfs het in meerderheid conservatieve Supreme Court heeft Bush jr. en Rumsfeld laten vallen toen het hun behandeling van ‘vijandelijke strijders’ ongrondwettig verklaarde. Het sluipende gevaar van bureaucratisering en statelijke betweterij wordt beperkt door voorzieningen als de ombudsman, bestuursrechtspraak en toetsing aan mensenrechten.

Vermag het recht iets bij het intomen van het derde gevaar, dat van burgeronverschilligheid? Direct niet, een gezindheid laat zich niet dwingen. Indirect misschien wel, doordat het recht de voorwaarden bewaakt waaronder een ‘civil society’ kan floreren. De Tocqueville en later Robert Putnam constateren dat mensen die op maatschappelijk vlak actief zijn zich daarbij de kunst van het samenwerken (‘l’art de s’associer’) eigen maken. Als ze de smaak daarvan te pakken hebben, zullen ze ook meer zin voor politiek krijgen en daar beter beslagen op het gladde ijs komen.

3. Vertrouwen

De angst voor de gevaren van democratie zit diep, zowel in de hoofden als in de instituties. Veel burgers verklaren zich desgevraagd voorstander van democratie. Ze steunen die omdat hij tirannie buiten de deur houdt (tirannieke leiders kunnen worden weggestemd), omdat regeren in een complexe samenleving nu eenmaal voeling houden met de gevoelens van de bevolking vereist, en omdat ‘one person, one vote’ recht doet aan de unieke waardigheid van elk mens. Bijna niemand zegt echter de democratie te steunen vanwege de kwaliteit van de daar genomen besluiten. Voor de meesten is democratie bij de inrichting van besluitvorming een randvoorwaarde

waaraan nu eenmaal voldaan moet worden. Democratie en kwaliteit van besluitvorming staan voor hen op gespannen voet. Wat de een dient, kan de ander licht schaden. Vandaar de pogingen om ze op gepaste afstand van elkaar te houden – aan de ene kant ontpolitisering en verbestuurlijking, aan de andere kant politiek als een schouwspel van clowns als Grillo en Berlusconi in Italie.

Dit sombere beeld over de verhouding van democratie en kwaliteit van besluitvorming kan op grond van recente inzichten in de werking van zelforganisatie worden bijgesteld. Hoe functioneren mierenhopen, hoe werkt het immuunsysteem, wat maakt grote steden vitaal, hoe worden lerende computerprogramma's ingericht? Recent komen uit zeer diverse disciplines vergelijkbare inzichten naar voren over hoe zelforganisatie werkt (daar waar het werkt). We beginnen beter te begrijpen hoe intelligente orde zonder baas en zonder alles controlerende ontwerper mogelijk is. De principes van zelforganisatie die uit deze studies oprijzen zijn (1) diversiteit, (2) meervoudige representaties daarvan, (3) dwingende en waardenbetrokken selectie daaruit, en (4) leiderschap door indirecte controle. De principes komen ook naar voren in de recente golf van studies naar 'the wisdom of crowds', die verklaren waardoor een verzameling mensen tot inzichten en besluiten kan komen die kwalitatief beter zijn dan men op grond van de domheid van de leden ervan zou verwachten.

Als democratie iets is dan toch wel bij uitstek een vorm van zelforganisatie. De wijsheid van menigten kan daar ook tot stand komen als aan de voorwaarden voor het werken daarvan wordt voldaan. Naarmate in een democratie de vier principes van zelforganisatie worden verwezenlijkt zal de kans op wijze besluiten toenemen. Het geldende recht kan, door deze principes te handhaven, bijdragen aan de kwaliteit van democratische besluitvorming. En als die kwaliteit daadwerkelijk verbetert, zal ook het vertrouwen in democratie sterker worden.

4. Contrademocratie en formele democratie

Dat is een mooi vooruitzicht, dat voor aanhangers van de gevestigde democratie van partijen en parlementen evenwel doorkruist wordt door de opkomst van bewegingen van burgers die beslist niet onverschillig zijn, maar hun activiteiten ontplooiën buiten de kaders van de gevestigde politiek om. Zij volgen kritisch de gevestigde politieke instituties, eisen terugdraaien van in hun ogen verkeerde besluiten en het recht om over kernkwesties als volk direct zelf te beslissen. Denk aan demonstraties door brave burgers rond de bouw van een nieuw station in Stuttgart, aan oplopen tegen de regering in Thailand en Oekraïne. Een groot probleem daarbij is de verbinding tussen deze zelforganiserende protestbewegingen en de gevestigde bevoegde democratische besluitvorming. Instituties om tussen deze beide te bemiddelen zijn er nog niet. Vandaar de moeizame pogingen van Heiner Geissler die in Stuttgart als 'Schlichter' optrad, of recent die van Poolse ministers en andere EU-functionarissen in Oekraïne. Dergelijke overbruggende instituties dalen niet van de berg Sinaï neer, maar zullen door schade en schande in de praktijk van zelforganisatie uitkristalliseren. Inzicht in de mogelijkheden en beperkingen van zelforganisatie kunnen dat proces versnellen. En het recht kan daar soms aan bijdragen door onder diverse

pogingen tot bemiddeling waar mogelijk de voorkeur te geven aan die welke het best de principes van zelforganisatie belichamen.

Literatuur

H. van Gunsteren, *Vertrouwen in democratie: over de principes van zelforganisatie*, Amsterdam: Van Genneep 2006.

Plato, *Politeia*.

R. Putnam, *Making democracy work: civic traditions in modern Italy*, Princeton: Princeton University Press 1994.

P. Rosanvallon, *Counter-democracy: politics in an age of distrust*, Cambridge: Cambridge University Press 2008.

J. Surowiecki, *The wisdom of crowds: why the many are smarter than the few*, London: Abacus 2005.

A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*.

Doelregelgeving en democratie

Pauline Westerman*

I. Doelregelgeving

Sinds enige jaren houd ik mij bezig met een verschijnsel dat ik ‘doelregelgeving’ ben gaan noemen¹ en dat in het buitenland ook wel aangeduid wordt als *principles-based regulation*.² In een systeem van doelregelgeving vaardigt de wetgever niet langer gedetailleerde regels uit die voorschrijven hoe burgers moeten handelen, en wat ze moeten doen of moeten nalaten. Bij doelregelgeving worden wetten uitgevaardigd die slechts aangeven welk doel moet worden bereikt of welk belang moet worden beschermd. Zo’n wet schrijft niet voor hoe dat doel moet worden bereikt, maar stelt slechts een abstracte zorgplicht vast en geeft andere partijen de opdracht die zorgplicht uit te werken in meer concrete regelgeving. Die andere partijen hoeven niet altijd met naam te worden genoemd.

Meestal heeft men een conglomeraat van actoren op het oog, zoals inspecties, private certificeringsinstanties, de professionals uit ‘het veld’, publieke instellingen, beroepsverenigingen of brancheorganisaties. Deze actoren hebben slechts met elkaar gemeen dat zij alle bezig zijn met het doel of belang dat in de zorgplicht wordt benoemd. Zij vormen samen een, wat ik zal noemen, doelregime.³ Het is aan zo’n doelregime om de benodigde maatregelen te nemen teneinde het doel te bereiken. Regelgeving is een van die maatregelen.

Daarmee is de regelgeving echter niet volledig aan hen gedelegeerd. Omdat de centrale wetgever verantwoordelijk blijft voor de mate waarin het doel wordt bereikt dienen deze andere partijen wel regelmatig te rapporteren over wat ze precies hebben gedaan om de doelen te bevorderen. Doelwetten bestaan dan ook meestal uit drie bestanddelen:

* Prof. mr. P.C. Westerman is hoogleraar Rechtsfilosofie aan de Rijksuniversiteit Groningen.

1 Een uitgebreidere beschrijving en analyse van doelregelgeving is te vinden in P.C. Westerman, ‘Governing by Goals: Governance as a Legal Style’, *Legisprudence: International Journal for the Study of Legislation*, Oxford: Hart Publishing 2007, p. 51-72; P.C. Westerman, ‘The Emergence of New Types of Norms’, in: L.J. Wintgens (red.), *Legislation in Context: Essays in Legisprudence*, Ashgate: Aldershot 2007, p. 117-133.

2 J. Black, ‘Decentering Regulation: Understanding the role of regulation and self-regulation in a post-regulatory world’, in: *Current Legal Problems* 2001, 54, p.103-147 en *Forms and Paradoxes of Principles Based Regulation*, LSE Law, Society and Economy Working Papers 13/2008, London School of Economics and Political Science, Law Department, <<http://ssrn.com/abstract=1267722>>.

3 De term ‘regulatory regime’ is m.i. minder precies, maar de betekenissen overlappen. Zie C. Hood e.a., *The Government of Risk: Understanding Risk Regulation Regimes*, Oxford: Oxford University Press 2001.

1. een doelvoorschrift: doel D is nastrevenswaardig en dient bevorderd of beschermd te worden;
2. een implementatieverplichting: neem maatregelen/vaardig regels uit opdat D wordt behaald;
3. een rapportageverplichting: rapporteer over de geboekte vooruitgang.

Een goed voorbeeld van deze gang van zaken biedt de Kwaliteitswet Zorginstellingen die in 1996 het licht zag. In deze wet vormt een zorgplicht het uitgangspunt. Artikel 2 luidt:

‘De zorgaanbieder biedt verantwoorde zorg aan. Onder verantwoorde zorg wordt verstaan zorg van goed niveau, die in ieder geval doeltreffend, doelmatig en patiëntgericht wordt verleend en die afgestemd is op de reële behoefte van de patiënt.’

Maar daarbij blijft het niet. Het zwaartepunt van de wet ligt in de rapportageverplichting van artikel 5:

‘De zorgaanbieder legt jaarlijks vóór 1 juni per instelling een verslag ter openbare inzage, waarin hij verantwoording aflegt van het beleid dat hij in het afgelopen kalenderjaar heeft gevoerd ter uitvoering van de artikelen 2, 3 en 4 en van de kwaliteit van de zorg die hij in dat jaar heeft verleend. 2. In dat verslag geeft de zorgaanbieder daartoe onder meer aan: a. of en, zo ja, op welke wijze hij patiënten of consumenten bij zijn kwaliteitsbeleid heeft betrokken; b. de frequentie waarmee en de wijze waarop binnen de instelling kwaliteitsbeoordeling plaatsvond en het resultaat daarvan; c. welk gevolg hij heeft gegeven aan klachten en meldingen over de kwaliteit van de verleende zorg.’

Hier worden eigenlijk drie plichten opgelegd: (a) de eigenlijke zorgplicht: het inhoudelijke doel waarnaar gestreefd moet worden, (b) de plicht zelf ‘beleid’ te voeren die een dergelijk doel helpt te realiseren. En (c) de plicht verantwoording af te leggen over dat beleid. Van deze drie plichten is voor de normadressaat de verantwoordingsplicht de belangrijkste. Als de verantwoording onvoldoende is, of als uit de rapportage blijkt dat de normadressaat in gebreke is gebleken in zijn beleidsvorming om het gestelde doel te bereiken kunnen sancties volgen: boetes, maar ook intrekking van subsidies of van wettelijke erkenning.⁴

⁴ Voorbeeld ontleend aan ‘Normering via doelstelling: zorgplichten’, in: P.C. Westerman & A.R. Mackor (red.) *Vormen van (de?)regulering*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

2. Subsidiariteit

Hoewel hier te lande de nodige rapporten⁵ zijn verschenen waarin doelregelgeving aangeprezen wordt, is het geen exclusief Haags verschijnsel. Nog voor de Europese eenwording, al in de jaren zestig, wordt ermee geëxperimenteerd in Zweden. Maar pas in de Europese context komt het verschijnsel tot volle bloei. Daar zijn verschillende oorzaken voor aan te wijzen: de behoefte aan flexibele en op maat gesneden wetgeving en de onmogelijkheid om vanuit één centraal punt uniforme gedetailleerde regels op te leggen voor verschillende institutionele contexten en rechts-culturen.⁶ Bovendien kan met dit type regelgeving gestalte gegeven worden aan het subsidiariteitsbeginsel, sinds het Verdrag van Maastricht een van de pijlers onder de Europese eenwording.

Het subsidiariteitsbeginsel vereist dat taken aan lagere niveaus moeten worden uitbesteed behalve in die gevallen waar de uitoefening van die taken door een hoger niveau een grotere mate aan efficiency en effectiviteit zou garanderen.⁷ Hier te lande is het beginsel bekend geworden onder het motto: 'centraal wat moet, decentraal wat kan'. Verschillende argumenten zijn aangedragen ten gunste van het beginsel, die vooral gestoeld zijn op verwachtingen. Zo hoopt men dat het centralere apparaat ontlast wordt. Ook hoopt men dat de lagere niveaus die nauwer betrokken zijn bij het doel, meer weten van de manieren waarop het voorgeschreven doel kan worden bevorderd.⁸ Ten slotte hoopt men dat de naleving wordt bevorderd als men zelf betrokken is geweest bij de totstandkoming van de regels.

Uitbesteding is dus het sleutelwoord. Een manier om de relatie tussen de uitbesteder en degene aan wie wordt uitbesteed te conceptualiseren is door gebruik te maken van het aloude onderscheid tussen principal en agent. De principal is dan de opdrachtgever, en de agent degene die de opdracht uitvoert. Vroeger werd het onderscheid vooral toegepast op de verhouding tussen electoraat en parlement, of tussen aandeelhouders en het bestuur van een onderneming. Gaandeweg werden de begrippen toegepast op allerlei vormen van uitbesteding.

Een enorme hoeveelheid literatuur is ontstaan rond die P-A relaties,⁹ want een van de problemen ligt in de reden van de uitbesteding: de principal besteedt uit

5 Bijvoorbeeld *Ruimte voor Zorgplichten*, Ministerie van Justitie, juli 2004; *Doelgericht wetgeven: doelvoorschriften in literatuur en praktijk*, Ministerie van V&W, 2009.

6 Zie *European governance: a white paper*, Brussel 2001, Commission of the European Communities.

7 A. Føllesdal, 'Survey Article: Subsidiarity', *The Journal of Political Philosophy* 1998, vol. 6, nr. 2, p. 190-218.

8 P.L. Meurs, E.K. Schrijvers & G.H. de Vries (red.), *Leren van de praktijk. Gebruik van lokale kennis en ervaring voor beleid* (WRR-Verkenning nr. 12), Amsterdam: Amsterdam University Press 2006, p. 19-37.

9 M.D. McCubbins, R.G. Noll & B.R. Weingast, 'Administrative Procedures as Instruments of Political Control', *Journal of Law, Economics & Organization* 1987, vol. 3, nr. 2, p. 243-277; T. Moe, 'Political Control and the Power of the Agent', *Journal of Law Economics & Organization* 2006, vol. 22, nr. 1, p. 1-29; J.R. Macey, 'Organizational Design and Political Control of Administrative Agencies', *Journal of Law, Economics & Organization* 1992, vol. 8, nr. 1; Conference on the Economics and Politics of Administrative Law and Procedures (Mar., 1992), p. 93-110, Oxford University Press; M.E. Levine & J.L. Forrence, 'Regulatory Capture, Public Interest, and the Public Agenda: Toward a Synthesis', *Journal of Law, Economics & Organization* 1990, vol. 6 (Special Issue: Papers from the Organization of Political Institutions Conference, april 1990), p. 167-198.

omdat hem de middelen en de kennis ontbreekt om de taak zelf uit te voeren. Dat betekent echter dat er een informatieasymmetrie ontstaat: de agent weet meer dan de principal. De klemmende vraag is dus steeds: hoe kan de principal ervan uitgaan dat de agent die meerkennis niet benut voor eigen voordeel maar daadwerkelijk aanwendt om het doel van de principal te bereiken? Een dilemma dat graag vergeleken wordt met dat van de toerist die in een vreemde stad aankomt op het vliegveld en er maar op moet vertrouwen dat de taxichauffeur hem zo snel mogelijk naar zijn hotel brengt in plaats van via een omweg, of, nog erger, hem linea recta naar een sloppenwijk brengt om hem daar berooid en beroofd achter te laten.

Ik zal straks uitgebreider over die P-A relatie spreken en wil nu alleen vermelden dat we in het oog moeten houden dat in een systeem van doelregulering P en A relatieve termen zijn: A kan zelf weer in een P veranderen als A de regelgeving nog verder uitbesteedt. De overheid is bijvoorbeeld een principal die aan een heel veld A het doel oplegt: een goed museaal beleid te voeren. Maar binnen het veld kunnen dan weer verdere P-A relaties ontstaan door verdere uitbesteding.

3. De vermenigvuldiging van doelregels

Die verdere uitbesteding is kenmerkend voor doelregelgeving. Een wat schetsmatig voorbeeld kan de gang van zaken verder verduidelijken:

- 1a Bevorder bescherming van het milieu.
- 1b Neem de daartoe noodzakelijke maatregelen; inclusief regelgeving.
- 1c Rapporteer over de gerealiseerde voortgang.

-
- 2a De emissie van CO₂ moet 'as low as reasonably achievable' zijn.
 - 2b Neem de daartoe noodzakelijke maatregelen; inclusief regelgeving.
 - 2c Rapporteer over de gerealiseerde voortgang.

-
- 3a Binnen twee jaar moet de CO₂-uitstoot gereduceerd zijn met 10%.
 - 3b Inventariseer de 'best beschikbare technieken'.
 - 3c Rapporteer over de gerealiseerde voortgang.

Hierbij verwijst 1 naar de regelgeving van het hoogste niveau waarbij een P opdracht geeft aan A. Men zou verwachten dat op niveau 2 de A deze regelgeving inderdaad ter hand neemt. Dat gebeurt soms ook wel, maar meestal wordt de structuur van de regelgeving gewoon gekopieerd, zij het dat het doel als aangegeven onder (a) op niveau 2 een concreter doel is. Dus wat er vooral gebeurt, is dat het abstracte doel van (1a) door de agent verder wordt geconcretiseerd. De A stelt zich verder op als een P ten aanzien van andere organen en draagt hun op dit concretere doel weer na te streven, met nadere regelgeving te komen en te rapporteren over de geboekte vooruitgang. Enzovoort. Op ieder niveau fungeert de A weer als een P ten aanzien van een ondergeschikte A. Overigens is de beeldtaal die van 'hoog naar laag' spreekt niet helemaal adequaat. Het systeem is maar ten dele in hiërarchische termen te

vangen. Er zijn vele actoren in het spel die allemaal min of meer nevensgeschikt zijn, maar slechts in een opdrachtgever/nemerrelatie tot elkaar staan.

Nu zien we in bovengesteld schema dat er op twee manieren kan worden geconcretiseerd. Ten eerste kunnen de abstracte doelen worden opgesplitst in concretere bestanddelen. Dat zie je heel vaak gebeuren. Mijn promovenda A.L.E Enequist noemt die subdoelen in haar vergelijkende studie van Zweedse en Nederlandse doelregelgeving met betrekking tot de ouderenzorg, heel adequaat ‘thema’s’. Verantwoorde zorg wordt dan uitgesplitst in: adequate informatievoorziening, kundige staf, faciliteiten en outillage enzovoort. Maar dan weet men natuurlijk nog niet tot in hoeverre die thema’s moeten worden verwezenlijkt. Het is één ding om het thema ‘wachtlijsten’ als subdoel te definiëren, maar een ander ding om te weten hoe kort die wachtlijsten moeten zijn. Met andere woorden: ook de grenswaarden moeten worden bepaald. Deze tweede vorm van concretisering zien we op niveau 3. Deze grenswaarden worden bepaald door te kijken naar de prestaties van andere vergelijkbare instellingen, door middel van benchmarking. Om een voorbeeld te noemen dat iets dichterbij huis is: men heeft bedacht dat een belangrijk thema of subdoel van het doel ‘excellent wetenschappelijk onderzoek’ een vruchtbaar promotieklimaat is. Dan moet vervolgens aangegeven worden wat telt als vruchtbaar en moeten de gewenste aantallen promoties worden vastgesteld. Dat aantal ligt dan net iets hoger dan de gemiddelde aantallen promoties die worden behaald door de zusterfaculteiten. Bij technisch complexere zaken, denk aan milieuregelgeving, ligt het vaststellen van die gemiddelde prestaties niet zo eenvoudig en moet men vertrouwen op de informatie van experts.

Wat we dus zien ontstaan is een enorme hoeveelheid regelgeving, die verspreid over de verschillende actoren rond een bepaald doel wordt vastgesteld. Deze berg aan targets, benchmarks, prestatie-indicatoren, eisen voor certificering enzovoort, enzovoort zijn slechts met een enkele dunne draad verbonden aan formele wetgeving, namelijk daar waar op Europees of nationaal niveau een abstracte zorgplicht wordt opgelegd en regelgevende taken worden uitbesteed. De inhoud van al die regels wordt vastgesteld door de agents en sub-agents. En omdat al die agents elkaar weer, in de gedaante van principals, aan een rapportageverplichting houden, zijn zij niet alleen bezig met het maken van regels maar ook met het controleren op naleving en in sommige gevallen ook handhaving.¹⁰

4. In de schaduw van het recht

Hiermee ontstaat een vrij bijzondere situatie. Wij mogen dan een keurig rechtssysteem hebben, maar de werkelijk belangrijke dingen die ons allen aangaan, dat wil zeggen de manier waarop onze scholen bestuurd worden, de ziekenhuizen worden ingericht en onze bedrijven worden geïnspecteerd, die worden als het ware buiten het rechtssysteem om geregeld. Veel van die protocollen, benchmarks en kermerken

¹⁰ E.L. Rubin, *Beyond Camelot: Rethinking Politics and Law for the Modern State*, Princeton: Princeton University Press 2005.

immers zijn geen bindend recht of zijn op zijn hoogst recht van een twijfelachtig gehalte. Nu zijn er veel dingen geen recht die onze levens niettemin beïnvloeden, maar we moeten ons realiseren dat de naleving van veel van deze regels als het ware in de schaduw van het recht wordt afgedwongen. Een mooi voorbeeld is dat van de havenbedrijven die zich geconfronteerd zagen met regelgeving inzake het aanleggen van een veilige vluchtweg bij de overslag van gevaarlijke stoffen. Een abstract doelvoorschrift, dat echter met niet-bindende nadere regelgeving door de inspectie werd ingevuld en door de havenbedrijven zelf werd gezien als een bindend voorschrift, waar de havenbedrijven in totaal 400 miljoen euro aan uitgaven.¹¹

Ik zal me hier echter niet concentreren op de rechtstatelijke feilen van doelregulering. Ik heb daar elders uitgebreider over geschreven¹² en wil me hier concentreren op het democratisch tekort dat hier dreigt. Kennelijk komen veel van die regels die ons allen aangaan, en misschien wel meer aangaan dan de incidentele moord of echtscheiding in ons leven, tot stand zonder dat van parlementair debat, laat staan instemming, sprake is.

Nu is in zekere zin dit probleem niet nieuw. De kwaliteitswet Zorginstellingen die ik hierboven aanhaalde als illustratie van doelregelgeving verving zo'n 500 regels met betrekking tot de inrichting en eisen die aan ziekenhuizen werden gesteld en het is niet goed voor te stellen dat het parlement ooit uitvoerig in de weer is geweest met het debatteren over deze regels. Dus ook hier kon men al een democratisch tekort vaststellen.

Daarom is doelregelgeving ook wel aangeprezen als het middel *par excellence* om de feilen van een parlementaire democratie te ondervangen en niet alleen het formele recht maar ook de bulk aan regulering aan democratische controle te onderwerpen. Een *regulatory state* als het na-oorlogse Nederland zou in deze optiek juist moeten zinnen op alternatieve manieren om democratische participatie mogelijk te maken. Doelregulering leek naadloos aan te sluiten op de gedachte dat die democratische participatie wordt bevorderd door veel taken over te laten aan het zelfregulerende vermogen van een *civil society*.¹³ In feite lijkt doelregulering op twee manieren bij te dragen aan deze alternatieve vormen van democratisering.

Ten eerste lijkt doelregelgeving expliciet ruimte te maken voor zelfregulering en voor een grotere participatie van wat wel de *civil society* wordt genoemd. Men zou daarmee een beroep kunnen doen niet alleen op de grotere expertise van professionals maar ook op het zelfsturende vermogen van bestaande maatschappelijke verbanden.

Ten tweede gaat doelregelgeving altijd gepaard met een rapportage- of verantwoordingsplicht waarin wordt aangegeven in hoeverre het doel wordt bereikt. Waar

11 Zie W. Timmer, *Bestemming bereikt! Een praktijkonderzoek naar de toepassing van doelregelgeving* (diss Rotterdam), Rotterdam 2011.

12 Zie P.C. Westerman, 'Outputsturing in de rechtsstaat', R.M. Themis 2006, nr. 6, p. 237-241.

13 R.D. Putnam, *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*, Princeton: Princeton University Press 1993; E.R. Engelen & M. Sie Dhian Ho (red.), *De staat van de democratie. Democratie voorbij de staat*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2004, p. 173-196. Van belang is hierin vooral C.F. Sabel, *Beyond principal-agent governance: experimentalist organizations, learning and accountability*.

men al niet betrokken geweest is bij de totstandkoming van de regels kan men toch altijd nog nagaan in hoeverre een bepaalde instelling waargemaakt heeft wat ze heeft verricht. Transparantie is hier de aangeprezen deugd. Benadrukt wordt dan ook vaak dat de rapportageverplichting niet alleen geldt ten aanzien van de P maar ook een bredere werking heeft. Door de prestaties van ziekenhuizen op internet te zetten of de inspectierapporten van scholen openbaar te maken wordt ook verantwoording afgelegd naar andere 'stakeholders' als patiënten en ouders van leerlingen.

5. Democratische regelgeving?

Ik denk echter dat dit optimisme inzake het democratisch potentieel van doelregelgeving enigszins getemperd moet worden. Laat ik beginnen met de veronderstelling dat regelgeving door het veld zelf bijdraagt aan democratische participatie. Dan valt ten eerste op dat zelfregulering niet spontaan en ook niet geheel vrijwillig tot stand komt. Het is op uitnodiging van de overheid dat zo'n veld aan het reguleren slaat. Ziekenhuisbesturen hebben dus niet het recht om zichzelf te reguleren maar ze hebben de plicht om dat te doen; een plicht die in de wet verankerd ligt en die vaak kracht bijgezet wordt door het dreigement dat als het veld zelf niet komt tot regelgeving, Den Haag dan wel zijn regels oplegt: zogenoemde geconditioneerde zelfregulering.¹⁴

Niet alleen bepaalt de principal dat er gereguleerd moet worden maar ook *wie* dat moet doen. De wet laat weliswaar vaak open wie precies de normadressaat is maar in de praktijk heeft de principal grote invloed op de manier waarop het veld samengesteld wordt dat de regulering dan ter hand moet nemen. De reeds genoemde Wet Kwaliteit Zorginstellingen biedt een aardig voorbeeld daarvan: enkele jaren na de inwerkingtreding van de wet had het veld nog weinig stappen ondernomen en nauwelijks iets van andere regelgeving opgesteld. Toen werd een Stuurgroep ingesteld, waarin niet alleen ziekenhuizen en vertegenwoordigers van artsenverenigingen maar ook zorgverzekeraars werden opgenomen. Uiteindelijk werd de regelgeving toen ter hand genomen. Kan men in dat geval spreken van 'het veld zelf'? Hoe dat veld geconstrueerd wordt, hangt in grote mate af van het uitnodigingsbeleid van de principal, in dit geval van het ministerie van VWS. Maar zo'n ministerie gaat geen individuele beroepsbeoefenaren uitnodigen. Het doet een beroep op de tussenlagen, de koepels, de besturen. Dus niet de onderwijzer of de verpleegster zelf krijgt nu zeggenschap over de regels die zijn of haar werk bepalen. Dat doet het management.

Maar ook al slaagt de principal erin om alle betrokkenen inderdaad te laten participeren dan wordt die participatie altijd nog georganiseerd langs de lijnen van de beleidsdoeleinden die door de overheid worden gesteld; oftewel langs sectorale lijnen. Als er overlegd wordt dan overlegt men niet als burger maar als producent (of

¹⁴ P. Eijlander & W. Voermans, *Wetgevingsleer*, Deventer: Tjeenk Willink 1999.

consument) van goederen en diensten die betrekking hebben op zo'n doel: 'zorg' of 'onderwijs'. Het enige waarin men nog een beetje als burger kan optreden is als lid van een belangenvereniging. Maar ook daar is de ruimte voor deliberatie afgegrensd door het doel. Een lid van de milieubeweging mag niet opeens over het onderwijs gaan meepraten.

Daarmee hangt samen dat het debat dat over die regelgeving wordt gevoerd alleen maar kan gaan over hoe dat doel moet worden bereikt. Het kan niet gaan over de manier waarop bijvoorbeeld milieu tegen werkgelegenheid kan worden afgewogen. Ieder zit als het ware opgesloten in het eigen doelregime. Dit lijkt nu een academische opmerking maar is het niet. In feite is deze stand van zaken nogal klemmend voor een ziekenhuisdirecteur die bijvoorbeeld te maken heeft met verschillende van die doelregimes: de inspectie van volksgezondheid stelt dan andere eisen dan de inspectie die komt controleren op de arbeidsomstandigheden voor de verpleegsters. De ziekenhuisdirecteur voert dan verschillende gesprekken in de verschillende doelregimes met mensen die allemaal verschillende criteria en regels opstellen. Hij moet zelf zorgen dat hij een en ander in balans kan brengen, maar een forum om die verschillende doelen tegen elkaar af te wegen ontbreekt. Er is in ieder geval niet systematisch plaats voor zo'n discussie binnen een systeem van doelregelgeving.

Het debat gaat dus niet over het doel maar over de middelen die men wil aanwenden om dat doel te bereiken. Maar zoals we hebben gezien is dat ook maar ten dele het geval. Wie zich geconfronteerd ziet met een bepaald doel gaat dat doel eerst concretiseren, in subdoelen of de thema's waarover ik het net had. Meestal ontstaan tengevolge van die definitie van thema's weer nieuwe commissies en stuurgroepen en die gaan dan de prestatie-indicatoren opstellen, en de grenswaarden bepalen. Ik zei zo-even al dat daarvoor gewoonlijk veel expertise nodig is. Daarmee dreigt het gevaar dat de experts het debat gaan beheersen.

6. Democratische controle?

Maar er is een tweede kanaal waarlangs men hoopt dat doelregelgeving bijdraagt tot democratisering: de verantwoording achteraf. Hier wordt het democratische potentieel niet gezocht in degenen die de regels opstellen, maar in degenen die de regelopstellers ter verantwoording roepen. Nu denk ik dat collega Bovens ons meer kan vertellen over accountability dan ik,¹⁵ dus ik wil slechts op enkele punten de aandacht vestigen.

Ten eerste moet in het oog worden gehouden dat in een doelregulerend systeem een instelling geen verantwoording aflegt over wat fout gegaan is maar over wat *goed* gegaan is, wat is gepresteerd. De instelling moet in haar rapportage voortdurend laten zien op welke manier aan het einddoel gestalte is gegeven. Nu is het uitermate

15 M. Bovens, *Analysing and Assessing Public Accountability. A Conceptual Framework*, European Governance Papers (EUROGOV) No C-06-01, <www.commex-network.org/eurogov/pdf/egp-connex-C-06-01.pdf>.

moeilijk om dat te doen, want het veronderstelt dat men in staat is aan te tonen dat men goed gepresteerd heeft. Maar wat is goed? Daarover moet enige consensus zijn.

Ten tweede: op welke manier kan dit goede worden getoond en bewezen? Het is uitermate moeilijk om te bewijzen dat men goed onderwijs geeft of goede zorg verleent. Men moet op zoek gaan naar allerlei indicatoren die min of meer kunstmatig zijn maar als enige voordeel hebben dat zij meetbaar, aantoonbaar en controleerbaar zijn. Vaak wordt die rol gespeeld door allerlei beleidsdocumenten, keurmerken, certificaten en protocollen. Zo heb ik laatst de opdracht gekregen om een portfolio aan te leggen van mijn onderwijsprestaties. Daarin staan niet alleen evaluatieresultaten maar ik word daarin gevraagd naar mijn onderwijsvisie, welke problemen ik heb ontmoet, hoe ik die heb opgelost en hoe ik mijn leerdoelen haal. Omdat alleen die documenten als tastbaar bewijs kunnen dienen, nemen zij de plaats in van de echte prestaties. Hoe ik echt onderwijs geef weten natuurlijk alleen ik en mijn studenten.

Deze min of meer kunstmatige criteria bepalen voorts weer hoe dat doel wordt geconcipeerd door het bredere publiek, dat zelf niet werkzaam is in het veld maar wel belanghebbende is. De mededeling dat het ziekenhuis van Leeuwarden onvoldoende vaak hartoperaties uitvoert – een meetbare inspectienorm – laat het publiek impliciet weten: dit is een belangrijk criterium. Daarmee wordt het oordeel van het publiek verregaand *gevormd* door de criteria die door de instellingen, althans door hun besturen, zelf zijn opgesteld. Zodanig dat ik laatst een mevrouw tegen een ander hoorde zeggen in onze plaatselijke supermarkt dat ze maar naar Groningen waren gegaan omdat Leeuwarden niet goed genoeg is volgens internet. Dit betekent dat de bewering dat de instelling daarmee transparant en toetsbaar is geworden voor het publiek dan ook genuanceerd moet worden. Het publiek heeft geen set van gedeelde eigen criteria die worden toegepast op de prestaties van de instelling. Het tegenovergestelde is het geval: de criteria van het veld worden door besturen omgevormd tot kunstmatige maar toetsbare criteria en die worden aan het publiek verkocht als *de* criteria. De Cito-score vormt hiervan misschien wel het treurigste voorbeeld. Wie durft zijn kind naar een school te sturen met een gemiddeld lage Cito-score?

Los van deze overwegingen moet gesteld worden dat de rol van het publiek in deze constellatie sowieso marginaal is, om de eenvoudige reden dat het publiek in al deze verhoudingen niet de principal is aan wie verantwoording wordt afgelegd. Het publiek is hooguit een derde partij maar *niet degene die de opdracht heeft gegeven*. En daarmee dus ook niet degene die uiteindelijk de instelling afrekent op haar prestaties. Wie rekent er dan wel af? De directe principal; bijvoorbeeld de Raad van Cultuur die musea beoordeelt en adviseert over subsidiëring. En uiteindelijk natuurlijk de overheid of de Europese commissie als ultieme principal.

7. Het volk als principal of als agent?

Daarmee komen we op de vraag of dat publiek, of laten we het gewoon maar eens ‘het volk’ noemen, een term die gek genoeg in onbruik is geraakt, ooit wel als principal kan optreden. Nu wil het geval dat juist dat P-A model vaak ook op de

representatieve democratie wordt toegepast. Het electoraat is daarin de principal. Het geeft immers opdracht aan het parlement om in zijn naam te spreken. In dat model is de agent, het parlement, wel degelijk degene die verantwoording schuldig is aan het volk en het electoraat kan de falende agent afrekenen door er niet meer op te stemmen.¹⁶

Deze macht ontbreekt in de beide aangeprezen alternatieve mogelijkheden tot democratische participatie. In geen van beide mogelijkheden is het volk de werkelijke principal. In de eerste optie, regelgeving door het veld zelf, is dat veld betrokken bij de regelgeving als agent. Niet als principal. Het voert een opdracht uit en wel een opdracht die ten goede komt aan het doel dat door de principal wordt nagestreefd. Als er al sprake is van een volk, of van burgers (we zagen net dat de burger eigenlijk achter de horizon verdwenen is) dan treden die burgers op als agents. Zij worden ingehuurd omwille van hun grotere expertise. Zij zijn de taxichauffeur en niet de klant. Het is dan ook kunstmatig en in zekere zin ronduit bedrieglijk om de activiteit van deze taxichauffeurs te zien als vormen van democratische participatie.

Maar ook in de tweede optie, als degenen aan wie verantwoording wordt afgelegd, treedt het volk niet op als principal. Zij kijkt hooguit toe. De werkelijke principals zijn de raden van cultuur, en de overheid, degenen die werkelijk 'betalen' en daarmee ook bepalen. Misschien laten deze principals zich wel leiden in hun oordeel door de hoge bezoekerscijfers of de populariteit van een instelling maar de waardering van het publiek dient hooguit als een performance indicator. Ook hier is het volk niet de principal.

Nu kan men natuurlijk zeggen dat als de overheid optreedt, doelen stelt en subsidie geeft, zij dit doet uit naam van het volk en dat het volk de uiteindelijke principal is. Formeel is dat juist. Maar gek genoeg hangt de democratische legitimatie dan toch af van de mechanismen van een formele representatieve democratie. En daarvan werd nu juist opgemerkt dat zij slechts met een dunne draad verbonden is aan de bulk van regulering die aan zich aan de democratische besluitvorming onttrekt. Door de mechanismen van doelregelgeving, de rechtsvorming door het veld alsmede de verantwoordingsplicht, wordt dus niets extra's toegevoegd wat deze stijl van regelgeving democratischer zou maken. Integendeel: in de eerste optie wordt de burger verplicht zich te committeren aan het doel waarin hij werkzaam is en in de tweede optie wordt hij hooguit een prestatie-indicator. Alleen in de representatieve democratie met al haar tekorten is de burger waarlijk principal.

¹⁶ Mij is opgevallen dat de P-A relatie aan een zekere verschuiving van betekenis onderhevig is. In de klassieke literatuur die de verhouding tussen electoraat en vertegenwoordigers in P-A termen analyseert, geeft de P aan de A het mandaat om in zijn naam te handelen. Er staat niet bij tot welk doel. De omschrijving is hooguit iets als 'belangen behartigen'. Zie R.G. Holcombe & J.D. Gwartney, 'Political Parties and the Legislative Principal-Agent Relationship', *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE)*/Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 1989, vol. 145, nr. 4, p. 669-675. Maar in modernere varianten van het P-A model wordt niet van vertegenwoordiging gesproken maar van het leveren van diensten, of het maken van producten. De opdracht van de P is dan ook nauwer omschreven dan in een mandaat.

6 Recht en cultuur – cultuur en recht

Cultuur in het recht

Willem Frijhoff*

Voor de cultuurhistoricus zijn in het recht, of het nu om de rechtspraktijk, de geschreven neerslag daarvan of de wetgeving gaat, overal vormen en sporen van cultuur te vinden. Sterker nog, het recht is in al zijn dimensies, met inbegrip van zijn aanspraken op universele waarden en natuur-, grond- of mensenrechten, een kind van de cultuur en haar beeldwereld, soms de heersende of de overheersende cultuur, soms die uit het verleden, soms ook die van een minderheidsgroep of -instelling aan wie de definitie van normen en waarden is toevertrouwd. Vroeger waren dat de kerken, nu is het veeleer de beroepswereld van de juristen en, tot op zekere hoogte daarmee verbonden, het politieke bestel. Cultuur vat ik hier op in brede, antropologische zin, als een zich in de samenleving door agency en onderhandeling voortdurend ontwikkelend, en naar consensus of systematisering tenderend geheel van maatschappelijke en culturele praktijken, voorstellingen, ideeën en waarden, en van vormen of momenten van toe-eigening of zingeving daarvan. Naast enkele meer algemene opmerkingen over de relatie tussen cultuur en recht zal ik bij wijze van voorbeeld kort inzoomen op een drietal thema's uit mijn eigen onderzoekspraktijk.

1. Inleiding

Wellicht is er geen breder en minder goed gedefinieerd thema in de reeks 'Het Recht in Geding' te vinden dan 'cultuur in het recht'. Voor de cultuurhistoricus zijn in het recht, of het nu om de rechtspraktijk, de geschreven neerslag daarvan of de wetgeving gaat, immers overal vormen en sporen van cultuur te vinden. Sterker nog, het recht is in al zijn dimensies, met inbegrip van zijn aanspraken op universele waarden en natuur-, grond- of mensenrechten, een kind van de cultuur en haar beeldwereld, soms de heersende of de overheersende cultuur, soms die uit het verleden, soms ook die van een minderheidsgroep of -instelling aan wie de definitie van normen en waarden is toevertrouwd. Vroeger waren dat de kerken, nu is het veeleer de beroepswereld van de juristen en, in zekere mate daarmee verbonden, het politieke bestel en zijn ambtenarenapparaat met zijn bestuurspraktijk en managementideologie.

2. Cultuur

Maar 'cultuur' is ook een van de meest vage en meest glibberige woorden uit onze taal, en trouwens uit welke taal ook, met inbegrip van het Latijn waaraan het is

* Prof. dr. W.T.M. Frijhoff is emeritus hoogleraar geschiedenis van de Nieuwe Tijd, Vrije Universiteit, Amsterdam; Erasmus leerstoel in de geesteswetenschappen vanwege de G.Ph. Verhagen Stichting, Erasmus Universiteit Rotterdam.

ontleend als begrip dat aanduidt dat iets door de mens is bewerkt of door menselijk toedoen is ontstaan. Eigenlijk is elke vorm van menselijk handelen een culturele uiting of heeft zij ten minste een culturele component. Dat geldt zelfs voor de meest biologisch bepaalde handelingen, want ook die worden altijd geactiveerd in een per definitie contingente, menselijke of intermenselijke en dus cultureel bepaalde context. Culture en nature staan in de huidige wetenschappen niet meer tegenover elkaar maar zijn altijd op de een of andere, zij het per wetenschapsparadigma en per auteur wisselende wijze met elkaar verknoopt of verstrengeld. Ongetwijfeld geldt dat ook voor de juridische wetenschap, want er zullen nog weinig geleerden zijn die menen dat natuurrecht in de strikte, zeg maar extreem natuurlijke zin bestaat, zoals ‘natuur’ indertijd kaarsrecht tegenover andere dimensies van de aardse en de bovenaardse werkelijkheid werd gezet. Recht, hoe dan ook omschreven, heeft altijd een culturele component. Het wordt gedefinieerd, uitgesproken en uitgeoefend onder culturele voorwaarden, in een cultureel bepaalde context, met een door cultuur vormgegeven taal en met cultureel gemunte middelen.

De afkeer van ‘cultuur’ als vermeend linkse hobby die onrecht zou doen aan de eigen of verworven rechten van het individu dan wel de gemeenschap – een afkeer die men soms zelfs hoort uit de mond van cultuurbeoefenaren van wie men dat niet zou verwachten –, heeft in Nederland de afgelopen jaren nog eens laten zien hoeveel misverstanden er door een onhelder of ongedefinieerd gebruik van het woord cultuur ontstaan, en hoe moeilijk het is vast te stellen wat nu precies onder cultuur wordt verstaan. Om even bij dat politiek aangeslagen cultuurbegrip te blijven: achter de schijnbaar heldere kritiek op uitgaven voor duidelijk definieerbare cultuuruitingen, manifestaties, instellingen en producten, die aan heldere budgetregels in een begroting beantwoorden en zich op al dan niet verworven of toegekende rechten beroepen, schuilt bij nadere analyse bijna steeds een kritische houding tegenover en een afkeer van een bepaalde, soms vermeende levensstijl en denkwereld, een bredere ‘cultuur’ die gesandwiched is tussen een vriend- en een vijandbeeld waarvan de contouren en zelfs de oorsprong bijna nooit bevredigend te definiëren zijn.

Hoge en lage cultuur, om die twee containerbegrippen hier voor het gemak maar even te blijven gebruiken, lopen dus steeds door elkaar heen. Esthetische cultuur, beschaving, nationale cultuur, omgangscultuur, beroepscultuur, gebruikscultuur, jongerencultuur, popcultuur, materiële en immateriële cultuur – de onderliggende betekenissen buitelen over elkaar heen, en er zijn in het verleden honderden, zo niet duizenden definities van cultuur gegeven, al was het maar omdat de noodzaak te vertellen wat men onder het paraplu-begrip ‘cultuur’ verstaat telkens weer nieuwe definities aan het arsenaal toevoegt. Ik zal die discussie hier niet hernemen en ik zal me ook niet begeven in de al dan niet heimelijke ruzies tussen de klassieke cultuurgeschiedenis, de nieuwe cultuurgeschiedenis en de cultural studies (die hun Engelse naam jaloers koesteren en daarmee internationalisme pretenderen of een vermeende, on-Nederlandse exclusiviteit proberen te simuleren).

Ik wil hier slechts in positieve zin aangeven hoe ik ‘cultuur’ versta en wat ik eronder versta (wat niet zonder meer hetzelfde is). Voor de herkenbaarheid blijf ik dan in Nederland. Ik ga even terug naar de nu bijna vergeten Groningse hoogleraar P.J. Bouman (1902-1977), die, zij het in de voetsporen van de wat breder uitwaaiende

Johan Huizinga (1872-1945), in 1964 in Nederland de eerste systematische, wetenschappelijk bedoelde cultuurgeschiedenis schreef, al was dat nog in klein bestek.¹ Bouman heeft zich welbewust verzet tegen het in zijn tijd bijna alles overheersende normatieve of esthetische cultuurbegrip waarin alleen kwalitatief hoogwaardige geestelijke uitingen van de mens tot de cultuur werden gerekend.² Dat 'hoge' cultuurbegrip beperkte zich per definitie tot een beperkt aantal reeksen en registers van cultuuruitingen en tot specifieke sociale groepen. Feitelijk wordt dit cultuurbegrip door de publieke instanties en in de instituties van de samenleving nog steeds hoofdzakelijk in die zin gebruikt omdat het cultuur tot de wereld van de herkenbare waarden, realia en producten beperkt. De voortdurend veranderende betekenissen en gevoelswaarden van 'cultuur' in het dagelijks spraakgebruik zorgen dan ook regelmatig voor misverstanden bij de overheid, tot bij de minister voor cultuur toe, die af en toe alles door elkaar haalt. Tegenover die sterk esthetisch georiënteerde en vaak ietwat elitair getoonzette opvatting plaatste Bouman welbewust een definitie waarbij cultuur de hele samenleving kon omvatten en een dimensie van alle menselijk handelen was. Dat deed hij in de tijd waarin ook het begrip 'erfgoed' zijn intrede in de wereld van de cultuur deed: eerst was dat eveneens een 'hoog', esthetisch waarderend elitebegrip, nu is het veeleer een 'laag', wel niet waardevrij maar toch anders waarderend containerbegrip geworden, waarin ook eindeloze reeksen vormen van immaterieel erfgoed worden opgenomen, van tradities, praktijken, gebaren en rituelen tot dialecten, streektaalen, zang en jongerenmuziek.

Het 'lage', in beginsel waardevrije cultuurbegrip sluit aan bij de wijze waarop cultureel-antropologen in hun onderzoekspraktijk gewoonlijk met cultuur omgaan, al zijn hun bewuste, formele definities soms smaller: levensstijl, gedragspatroon, of, in de al vroeg geformuleerde definitie van de Britse antropoloog Edward B. Tylor (1832-1917), 'that complex whole which includes knowledge, belief, art, morals, law, custom, and any other capabilities and habits acquired by man as a member of society'.³ Daarbij sluit de recentere cultuurdefinitie van de Britse cultuurhistoricus Peter Burke (*1937) ten nauwste aan, maar zij legt een duidelijker accent op het groeps karakter van cultuur: 'Culture is a system of shared meanings, attitudes and values, and the symbolic forms (performances, artifacts) in which they are expressed or embodied'.⁴ Cultuur in die brede, maatschappelijke zin, met uitdrukkelijke

1 P.J. Bouman, *Cultuurgeschiedenis van de twintigste eeuw* (Prisma pocket 1000), Utrecht & Antwerpen: Het Spectrum 1964; zie voor het volgende W. Frijhoff, 'Inleiding: historische antropologie', in: P. te Boekhorst, P. Burke & W. Frijhoff (red.), *Cultuur en maatschappij in Nederland, 1500-1850. Een historisch-antropologisch perspectief*, Amsterdam & Meppel: Boom/Heerlen: Open Universiteit 1992, p. 11-38. Over de internationale opkomst van de cultuurgeschiedenis: Ph. Poirrier (red.), *L'histoire culturelle: un 'tournant mondial' dans l'historiographie?*, Dijon: Éditions Universitaires de Dijon 2008.

2 K. van Berkel, *Denken over cultuur*, Groningen: Historische uitgeverij 1990, p. 28-29.

3 E.B. Tylor, *Primitive Culture*, Londen 1871, I, p. 1; geciteerd door K. Thomas, 'Ways of Doing Cultural History', in: R. Sanders, B. Mesters, R. Kramer & M. Windhorst (red.), *De verleiding van de overvloed: reflecties op de eigenheid van de cultuurgeschiedenis* (Balans en perspectief van de Nederlandse cultuurgeschiedenis), Amsterdam & Atlanta: Rodopi 1991, p. 67.

4 P. Burke, *Popular Culture in Early Modern Europe*, Londen: Temple Smith 1978 (3e ed. Farnham, Surrey: Ashgate 2009), p. xi; vgl. P. Burke, *Varieties of Cultural History*, Cambridge: Polity Press 1997.

erkenning van haar symbolische uitingsvormen, wordt dan ook wel het antropologisch cultuurbegrip genoemd, tegenover het normatieve of esthetiserende. Het is, in de lapidaire termen van Graham Dunstan Martin (*1932), de *socio-culture* tegenover de *value-culture*.⁵ Ikzelf vat cultuur hier op in die brede, antropologische zin, als een zich in de samenleving door handeling (*agency*) en onderhandeling (*negotiation*) voortdurend ontwikkelend en naar consensus of systematisering tenderend geheel van maatschappelijke en culturele praktijken, voorstellingen, ideeën en waarden, en van de vormen of momenten van toe-eigening dan wel zingeving daarvan.⁶

3. Cultuur in het recht en de historicus

Het echte probleem is natuurlijk dat deze betekenissen in de werkelijke wereld voortdurend door elkaar lopen. Cultuur is niet alleen dat wat men onder die naam organiseert maar ook dat waarover men praat en wat men doet of verbeeldt, zonder erbij na te denken. Een museum 'is' cultuur in het gangbare spraakgebruik, dat weet iedereen, ook al gaat zo'n museum misschien helemaal niet over cultuur in de hoge zin. Een veelvoud van musea of andere objecten van hoge cultuur kunnen een stad in het publieke imago en het zelfbeeld tot cultuurstad maken, zoals Amsterdam, Venetië of Florence. Musea leveren de hoge cultuur van de cultuurstad. Maar elke stad heeft haar eigen 'lage' stadscultuur, en in dat opzicht verschilt de cultuurstad niet van willekeurig welke andere stad. De stadscultuur van werkstad Rotterdam is niet minder dan die van cultuurstad Amsterdam. Wil een museum, hoe belangrijk op zichzelf ook, worden opgenomen in een stadscultuur dan moet daar iets 'gebeuren' in de sterke zin van het woord, en wel bij voortduring; er moet over worden gepraat, het moet in de doorgangsroute van de dagelijkse routines liggen, men moet er in en uit kunnen lopen als was het een ontmoetingsplaats in de lunchpauze of een frisse ademtocht op de zondagochtend. Niet zonder meer steeds om een museumstuk te gaan bekijken, maar als een element van de stedelijke identiteit, een stek waar men zich thuis voelt, een vanzelfsprekend steunpunt van het geheugen van de stedeling. Een plek waar de stadsbewoner zich weer heel even vertrouwd kan maken met de stadscultuur van zijn cultuurstad.

Ik haal dit voorbeeld aan om de manier waarop ik inzoom op het recht beter tot haar recht te laten komen (en dat is geen woordspeling). Want ook recht en cultuur staan in vele verhoudingen tot elkaar. Kees Schuyt heeft in deze lezingenreeks het thema 'recht in de cultuur' behandeld, ikzelf hier de 'cultuur in het recht'. Dat zijn er al twee. Maar zoals er gewoonlijk een groot verschil is tussen de cultuur in de stad en de stadscultuur, is er ook een groot onderscheid tussen de cultuur in het recht en

5 G.D. Martin, *The Architecture of Experience. A Discussion of the Role of Language and Literature in the Construction of the World*, Edinburgh: Edinburgh University Press 1981, p. 135-166.

6 Ik moge hier eveneens verwijzen naar de definitie van cultuur die ik heb voorgesteld in de Programmanotitie *Culturele dynamiek 2007-2014*, Den Haag: NWO, maart 2007; ook op <www.nwo.nl/cultureledynamiek>. Voorts in W.T.M. Frijhoff, *Dynamisch erfgoed*, Amsterdam: SUN 2007, en: W.T.M. Frijhoff, 'Cultureel erfgoed, cultuurbeleid en culturele dynamiek', *Faro. Tijdschrift over cultureel erfgoed* 2008, 1:1, p. 6-13.

de rechtscultuur. Ik zal in het volgende op beide kort ingaan, zonder ze voortdurend kunstmatig van elkaar te scheiden of te onderscheiden.

Formeel zijn wetgeving en rechtspraak talige uitingen en producten, en taal is cultuur. Rechtscultuur draait voor een belangrijk deel om de eigen taal van de juridische wereld, het idioom. Al in de zestiende eeuw, toen er nog nauwelijks woordenboeken van de moderne talen waren, was dat idioom in de ogen van velen zo specifiek, zeg maar gerust bizar geworden dat er verklarende woordenlijsten werden opgesteld, niet eens ten behoeve van de leken maar van de discipline zelf, eerst van de notarissen, toen de procureurs, twee subgroepen die niet per definitie het Latijn of het academisch jargon beheersten, en vervolgens van de hele universitair geschoolde juristenbent. In de vroegmoderne periode – die mij het meest vertrouwd is – vonden die in 1785 hun hoogtepunt in het *Practisyns woordenboekje* van Franciscus Lievens Kersteman (1728-ca. 1792), een in de ogen van de huidige lezer veeleer droogkomische opsomming van meer dan 3000 meest Latijnse en Franse leenwoorden ‘in de rechtskunde gebruikelijk’. Die bewees dat de juridische cultuur mijlen ver van de alledaagse cultuur was komen te staan en maakt het enthousiasme voor de Napoleontische vernieuwingen wel wat begrijpelijker – natuurlijk in afwachting van nieuw idiomatisch exotisme.

4. Rechtscultuur en bestuurscultuur: Dordrecht ca. 1650

In zijn werk van alledag komt de historicus maar weinig met juridische teksten en literatuur in strikte zin in aanraking. Het gaat hem gewoonlijk niet om het proces maar om het resultaat, de wet, de keur, het decreet, de uitspraak, het vonnis. Maar in dat proces komt de cultuur vaak juist het sterkst tot uiting. Voor mijn onderzoek voor het ijkpuntboek 1650: *Bevochten eendracht* las ik de stukken die betrekking hebben op de acties van de advocaat Johan Walen, een oud-raad van de stad Dordrecht die niet tot de heersende regentencoterie behoorde maar welbewust de kant van de burgerij, in feite de gilden koos.⁷ In 1647 werd hij de woordvoerder van de opstand tegen de ‘familieregering’, zoals hij die terecht noemde (want de sterk verzwagerde en zeer talrijke Van Beverens en De Witten beheersten in Dordt alle stedelijke functies), tegen de corruptie, de baantjesjagerij en de willekeur van de rechtspraktijk en zelfs van de rechtsvorming in het Dordrecht van die zo onkreukbare De Witten.⁸ De onkreukbaarheid had immers haar sociale en culturele grenzen, ze gold alleen de eigen groep, en het recht van die groep werd bepaald door de familiecultuur,

7 W. Frijhoff & M. Spies, 1650: *Bevochten eendracht. Nederlandse cultuur in Europese context*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999, p. 198-202. Voorts: R. Fruin, ‘De Dordtsche regeeringsoligarchie in het midden der 17e eeuw’, in: *Bijdragen voor vaderlandsche geschiedenis en oudheidkunde*, VI, 1 (1924) p. 6-22; I.J. Soer, *Johan Walen en de democratische woelingen te Dordrecht van 1647-1651* (onuitgegeven scriptie 1950) [ex. in Dordrecht, DIEP, hs. nr. 3163]; P. Schotel, ‘Strijd om de macht’, in: W. Frijhoff, H. Nusteling & M. Spies (red.), *Geschiedenis van Dordrecht van 1572 tot 1813*, Hilversum: Verloren 1998, p. 19-23.

8 [J. Walen], ‘tMagasyn van meyneedige ontucht, ende bastardt Spaensche moedt-wil. Treffende den vromen magistraten [...] der stadt Dordrecht, z.pl. 1647 [Knuttel 5592; drie verschillende drukken].

dus in de ogen van de cultuurhistoricus door de sociale cultuur van dat moment, die clan en die plaats. Wie de rechtscultuur van die groep niet aanvaardde, werd genadeloos onderuit gehaald. Johan Walen, hoewel zelf een oud-raad zij het uit een familie van lagere welstand en buiten de regeringscoterie, werd eerst door de leden van het Dordtse gerecht van zijn functie ontheven, publiek vernederd en uit de stad verbannen, daarna op hun initiatief door het Hof uit vier provincies verbannen, met verbeurdverklaring van al zijn goederen, onder bedreiging van de doodstraf bij terugkeer. Dat evident partijdige vonnis, in onze ogen volstrekt van elke rechtvaardigingsgrond verstoken, bleek zo efficiënt dat de gilden daarna niet meer met hem in zee durfden te gaan, hoewel zijn reputatie bij hen intact bleef en hij zelfs de mythische vorm van een volksheld aannam.

Achter dit eerste, vooral sociale niveau van juridische cultuur ligt nog een tweede, dat duidelijker aansluit bij de kern van ons thema ‘cultuur in het recht’, namelijk de wijze waarop Johan Walen zich als advocaat voor het Dordtse gerecht verdedigde. Gelukkig voor ons heeft hij zijn pleitnota’s in eigen beheer uitgegeven, om in de samenleving toch zijn gelijk te kunnen halen – want zoals u vast en zeker beter weet dan ik is gelijk nog niet zonder meer recht – en ook de uitvoerige beargumentering van het vonnis door het Dordtse gerecht is aan een van de uitgaven toegevoegd.⁹ Voor de cultuurhistoricus zijn het briljante retorische meesterwerkjes, voor de gewone lezer veeleer hoogst bizarre amalgama’s van argumenten ontleend aan culturele velden die voor ons niets meer met elkaar te maken hebben of althans geen rechtvaardigingsgrond meer voor elkaar hebben. Het valt de niet geschoolde lezer uitermate moeilijk uit die wirwar van culturele vormen de zakelijke elementen en ontwikkelingen te distilleren en de argumentatie te volgen. Naast strikt juridische argumenten ontleend aan het Romeinse en het Hollandse recht, en de lokale jurisprudentie van het Dordtse gerecht, vinden we er Bijbelse vergelijkingen, morele redeneringen, religieuze aanspraken en argumenten, en verwijzingen naar episoden en figuren uit de Romeinse mythologie en de vaderlandse geschiedenis, van de vrome Susanna, de apostel Paulus en de profeet Daniël tot de hertog van Alva en Willem van Oranje. Het zijn watervallen van geesteswetenschappelijke eruditie die ons veel meer zeggen over de intellectuele cultuur bij de gestudeerde elite van die tijd dan over de rechtspleging zelf. Maar juist die enorme culturele bagage is er zelf al een bewijs van dat het recht midden in de samenleving stond en doordrenkt was van cultuur. Wie een meer literaire presentatie van deze thematiek uit dezelfde periode wil, leze de toneelstukken van Molière maar. Recht en rechtspraak vormen daarin een centraal element van het burgerlijk bestaan, en de verwijzing naar het

9 [J. Walen], *Requête en appostille, aenden Ed. Hove van Hollandt*, z.pl. 1645 [ex. in UB Leiden, Thyspf 4827]; *Over-vreemde en noyt gehoorde procedvren, gehouden tegen Mr. Iohan Walen, mede oudt-raedt tot Dordrecht. Gedemonstreert [...] aenden Ed. Hove van Hollandt*, z.pl. 1645 [Knuttel 5231]; *Op-rechte vertooningh, aende Ed:Gr:Mo: Heeren Staten van Hollandt [...] inde saecke van Mr. Johan van Walen, oudraedt tot Dordrecht, nopende de manifeste nulle en inique vonnissen [...] by Mr. Abraham van Beveren [...] ende Mr. Mathijs Berck [...]*, z.pl. 1645 [Knuttel 5232]; *Wit, ofte oprechte vertooning, rakende de regering en wetten der stadt Dordrecht*, z.pl. 1645 [Knuttel 5233]; *Sententie byden Hove van Hollant, gepronuncheert inder sake van den Procureur Generael [...] op ende jegens Mr. Johan Walen, ghewesen Advocaet voor de Camere Judicieel der Stadt Dordrecht [...]*, 's-Gravenhage 1648 [Knuttel 5797].

recht is er een repeterend argument van burgerlijk gelijk en een steunpunt van burgerlijke identiteit.

Terug naar het moeizame onderscheid tussen ‘recht in de cultuur’ en ‘rechtscultuur’. Tylor sloot in zijn definitie van cultuur *law* en *custom* uitdrukkelijk in, als institutionele vormen of elementen van cultuur. Dat is wat de Fransen de *contenant*, het omhulsel noemen. Ik zou dat onder het ‘recht in de cultuur’ scharen, maar op een meer globale modus. Burke’s definitie benadrukt daarentegen in de eerste plaats de concrete expressievormen en uitingen van cultuur (waarden, houdingen, betekenissen) en de symbolische vormen die deze in de samenleving aannemen, zoals handelingen, procedures en prestaties, instellingen, teksten en producten. Want alles wat op aarde wordt geproduceerd of ingericht heeft behalve een nuttigheidsfunctie ook steeds een symbolische betekenis. Een rechtbank spreekt niet alleen recht maar staat ook symbool voor een ‘hoge’ waarde, de rechtsorde, op een wat lager niveau voor de identiteit van de beroepsgroep van al wie zich ter plaatse met het recht bezighoudt, en in de perceptie van de betrokken bevolkingsgroep voor rechtszekerheid en lokale identiteit, soms ook voor repressie, vergissing (dus onzekerheid of onrecht), of zelfs structurele rechtsongelijkheid. Als het recht al een absolute waarheidsaanspraak heeft, ligt die ingebed in de culturele voorwaarden van de acceptatie van die waarheid, of, zoals we dat in de cultuurgeschiedenis thans zeggen, van de toe-eigening van het recht: recht is pas echt recht als alle betrokkenen het zich eigen hebben gemaakt, positief dan wel negatief. Al deze elementen zijn cultureel bepaald omdat ze samenhangen met een intellectueel, sociaal of geestelijk betekenisstelsel, en, als het om repressie of rechtsongelijkheid gaat, daar een zekere mate van perversie van vertegenwoordigen. Daarmee zijn we dus veeleer in de orde van de *contenu*, de inhoud, de vormtaal van het recht, de symbolische waarden, de verschillen in betekenisgeving en de daarmee corresponderende vertalingen in gedragsvormen die de wereld van het recht in de loop van de tijd als cultureel bepaald universum vormgeven en gaan beheersen.

5. Magie en toverij als object van strafrecht in het verleden

Hoe dus om te gaan met het thema cultuur in het recht? Ik kan in dit korte bestek slechts met zevenmijlslarzen door enkele algemene beschouwingen heen lopen en inzoomen op een paar concrete onderwerpen die mij vertrouwd zijn. Ik begin dan met een historisch thema uit mijn eigen onderzoekspraktijk, namelijk de omgang van het recht met magie en toverij in de verschillende samenlevingen van vroegmodern Europa. Dat thema was van de jaren 1960 tot begin jaren negentig overal in Europa populair onder het handige en mobiliserende maar versimpelde en eigenlijk incorrecte lemma ‘heksenprocessen’ – het Duitse woord ‘Hexe’ was in vroegmodern Nederland immers ongebruikelijk, zo niet onbekend, en ook de impliciete vervrouwelijking van de tovenaarsfiguur die daarin besloten lag was hier minder gangbaar. Sindsdien is het thema weer wat weggeëbd, al steekt het in feministische kringen af

en toe weer de kop op.¹⁰ Het succes ervan in die drie à vier decennia ligt zelf in een culturele context ingebed, waarvan ik hier twee elementen noem: ten eerste de herontdekking van de gelijkheid en de gelijke rechten van man en vrouw, ten tweede de herinterpretatie van de sociale geschiedenis in termen van machtsdenken, machtsrelaties en conflictregulatie.

Dat laatste punt werd vanaf het tweede kwart van de twintigste eeuw wetenschappelijk verwoord door een aantal auteurs van heel verschillende pluimage, zoals Antonio Gramsci, Norbert Elias, Michel Foucault en Charles Tilly, met hun soms sterk uiteenlopende theorieën over machtsrelaties tussen klassen, over macht en publieke orde, en over de wijzen waarop de institutionele en juridische inrichting van de samenleving conflicten tussen sociale groepen de baas probeerde te worden. In de figuratiesociologie van Norbert Elias (1897-1990), met haar nadruk op het intieme verband tussen collectieve geweldsbeheersing en staatsvorming, op de gedragsregulerende rol van machtsbalansen, en op de maatschappelijke sturing en legitimatie van de affecthuishouding, speelt het recht in zijn diverse vormen een grote rol; niet voor niets is een deel van de criminaliteitsgeschiedenis nog sterk op Elias georiënteerd.¹¹

Het gelijkheidsbeginsel moest door de afbraak van een groot aantal culturele vooroordelen heen en leidde van de weeromstuit soms tot nieuwe vooroordelen, zoals de fantastische, op weinig anders dan overdreven beeldvorming en wensdenken berustende aantallen vrouwelijke heksen die zouden zijn verbrand door mannelijke beulen na processen die ons huidig rechtsbegrip en soms zelfs de toenmalige rechtsorde per definitie geweld aandeden: in populaire publicaties en op het internet wordt probleemloos van 100.000 of meer slachtoffers gesproken. Machtsrelaties leken heel helder tot uiting te komen in de bestudering van toverij en hekserij, waaraan een fors aantal rechtshistorici in Europa en Amerika een actief aandeel hebben gehad. Cultuurhistorici als Robert Mandrou (1921-1984) en Robert Muchembled (*1944), en vele anderen in hun kielzog, hebben de ontwikkeling van de heksenvervolgeling zelfs vrijwel integraal proberen te verklaren vanuit de machtsverhoudingen en de mentale en culturele bagage van de rechters, de medespelers in een rechterlijk bestel dat grotendeels samenviel met de lokale elites omdat bestuurs- en rechtsfuncties in de vroegmoderne tijd nauw gekoppeld waren.

6. Cultuur in het recht en rechtscultuur

Waar het mij nu om gaat, is dat dit onderzoek in al zijn modaliteiten heel sterk, maar afwisselend, de nadruk heeft gelegd op de twee bovengenoemde relatievormen van cultuur en recht: de cultuur in het recht en de rechtscultuur. We zouden

¹⁰ *Toverij in Nederland, 1795-1985. Bibliografie*, onder red. van F. Matter (samensteller), W. de Blécourt, T. Dekker, W. Frijhoff & M. Gijswijt-Hofstra, Amsterdam: P.J. Meertens-Instituut 1990.

¹¹ Zie het becommentarieerde overzicht van W.H. Kranendonk, *Society as Process. A Bibliography of Figurational Sociology in the Netherlands (up to 1989)*. *Sociogenetic and Psychogenetic Studies*, Amsterdam: Universiteit van Amsterdam, Sociologisch Instituut 1990.

kunnen zeggen dat de eerste relatievorm meer baat heeft bij een goed inzicht in het cultuurbegrip, de definitie van cultuur als zodanig, terwijl de tweede beter wordt onderzocht aan de hand van het concrete, vigerende cultuurmodel, dat meer naar een veranderingsproces dan naar een vastliggend begrip verwijst. Bij rechtscultuur denken we in eerste instantie al snel aan procescultuur: de inzichten in en vormen van strafbaarheid, rechtsvinding, strafmaat en uitvoering, de criminalisering en de ontwikkelingen daarin, zoals de in de geschiedenis voortdurend afwisselende accentuering van geweldsmisdrijven en inbreuken op het eigendomsrecht, maar ook de vormen van verzoening zoals de afkoop, de genoegdoening, de handdruk en de vredeskus. Zulke ontwikkelingen liggen ingebed in veranderingen van het dominante cultuurmodel in de leidende groepen van de samenleving die de wet bepalen, haar marges toelaten (het gedoogbeleid) en de uitvoering ervan beheersen. Ze vormen het subject van wat wel het juridisch acculturatieproces wordt genoemd: de voortdurende aanpassing van het gewoonterecht, de formele wetgeving en de jurisprudentie, van de normen, gedragsvormen en voorstellingen van het juridisch universum in functie van de veranderende cultuur, de interne ontwikkelingen van de samenleving en de externe prikkels die zij ontvangt.¹²

Maar daarachter liggen natuurlijk bredere vragen die de juridische wetenschap zelf al vele malen heeft geformuleerd en ook heeft geprobeerd te beantwoorden. Wat maakt de wet tot wet, en hoe rechtvaardig is de verplichting om eraan te gehoorzamen? Is daar een religieuze rechtvaardiging voor, een intellectuele, een morele, of een politieke? Of misschien zelfs een culturele, op gemeenschappelijke empathie gericht, in de geest van het motto van de vroegmoderne Republiek *Concordia res parvae crescunt*, oftewel 'Eendracht maakt macht'? En in hoeverre is gehoorzaamheid een plicht, of kan men eronderuit komen? En als men zich eraan onttrekt, in welke mate kan dat in de publieke of private ruimte stilaan gedoogd of formeel getolereerd worden? De antwoorden daarop worden vaak gepresenteerd als *founding myths* die ernaar tenderen zich als *universalia* met een in ruimte en tijd algemene geldigheid voor te doen – dat is ook logisch omdat ze het fundament van een geordende en vreedzame samenleving willen zijn en in theorie dus door allen zonder onderscheid en zonder restrictie moeten worden aanvaard. Een fundament dat zijn algemene geldigheid zelf ter discussie stelt, is geen lang leven beschoren.

Maar voor de cultuurhistoricus zijn zulke wetten, normen en voorstellingen de weerspiegeling van tijd- en groepsbepaalde beeldwerelden, en die zijn weer onderdeel van een globalere cultuur en een wereldbeeld die ook niet universeel geldig hoeven te zijn maar wel als het ware over een hele samenleving heen gedrapeerd liggen. Het zijn evenzovele vormen van *narratio*, narratieve elementen van de globale cultuur, dat wil zeggen tijdbepaalde, beargumenterende verhalen die de juristen, politici en andere betrokkenen zichzelf vertellen om hun normen, hun handelen en hun instituties te rechtvaardigen, en die dus bij uitstek voorwerp van cultuurhistorisch onderzoek kunnen zijn. Voor het thema van de tolerantie is dat de laatste decennia

¹² Zie bijvoorbeeld N. Rouland, 'Acculturation juridique', in: D. Alland & S. Rials (red.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Parijs: Quadrige 2003, p. 4-6. Helaas ontbreekt een lemma 'culture' in dit omvangrijke handboek dat vooral beschrijvend, niet verklarend is.

ook uitvoerig gedaan. Mede door de actualiteit van het tolerantieprobleem in de huidige, merendeels polyreligieuze en multiculturele staten, en door de problemen die dat van de weeromstuit ook in monolithische of dictatoriaal geregeerde staten stelt, is en wordt tolerantie als intellectueel ideaal en maatschappelijke praktijk thans uitvoerig bestudeerd.

7. Duivelspact en heksenprocessen

Men zou kunnen stellen dat de eerste grote omslag in de Europese rechtspraktijk te maken heeft met een cultureel gegeven bij uitstek, namelijk de principiële secularisering van het wereldbeeld, waardoor de bovenaardse werkelijkheid niet meer als een bovennatuurlijke en dus onbeheersbare bedreiging werd ervaren. Maar om efficiënt te worden uitgebannen moest ze er eerst volledig in worden opgenomen. Inderdaad werd de bovennatuur, de buitenaardse werkelijkheid, eigenlijk pas in de vijftiende eeuw volledig in de rechtspraak geformaliseerd, door de aanname van een actieve, verwijtbare en ook juridisch bestrijdbare tussenkomst van de duivel in aardse zaken. Vooral de invloed van het theologische demonologietraktaat *Malleus maleficarum* (de *Heksenhamer*, 1486) van de dominicaan en inquisiteur Heinrich Kramer (alias Henricus Institoris, 1430-1505) was groot. Daarin werd niet alleen het actieve ingrijpen van de duivel in de natuurlijke wereld als een vaststaand feit erkend maar werd daar ook een schuldige en strafbare handeling van het slachtoffer aan gekoppeld, bijvoorbeeld in de vorm van een overeenkomst tussen heks en duivel, het duivelspact.

Als juridische tegenweer stelde de *Heksenhamer* een nauwkeurig omschreven rechtsgang tegen de heksen voor. Die werd ook daadwerkelijk geïmplementeerd en viel des te gewelddadiger uit naarmate de duivel, de bovennatuur, als ongrijpbaarder werd ervaren. Mede als reactie op de excessen van die heksenjacht, die vaak een onvoorspelbaar sneeuwbal effect onder de plaatselijke bevolking kreeg zonder de bestuurselite zelf te sparen, kwamen onder de humanisten van de zestiende-eeuwse renaissance de eerste sporen van een secularisering van het wereldbeeld op. De demonologie met haar implicaties betreffende de realiteit van bovennatuurlijke tussenkomst in de wereldorde werd daardoor geleidelijk uit de rechtspraak uitgebannen, eerst door het slachtoffer als een louter passief subject te definiëren, zonder actieve persoonlijke tussenkomst bij het geconstateerde feit of misdrijf, vervolgens door het vermeende bovennatuurlijk ingrijpen zelf als onwaarschijnlijk, ongeloofwaardig, ondenkbaar, ja ten slotte onmogelijk te verklaren.

In zijn grote, vele malen herdrukte, vertaalde en steeds weer aangevulde studie *De Praestigiis Daemonum* (Over de wonderwerken van de duivels) uit 1562, die bol staat van omstandig beschreven voorbeelden, heeft de Brabantse geneesheer Johan Wier (ca. 1515-1588), die eerst stadsdokter van Arnhem daarna lijfarts van de hertog van Kleef was (vandaar de Duitse naamsvorm Weyer waaronder hij ook wel bekend is), voor het eerst geprobeerd in het procesrecht inzake magie en toverij een culturele dimensie te ontwaren. Het heeft hem de reputatie bezorgd de eerste grote

pleitbezorger van menselijkheid en psychische zorg te zijn geweest.¹³ Op die reputatie valt wel wat af te dingen, want in tegenstelling tot wat vaak wordt gedacht geloofde ook Wier in de concrete tussenkomst van de duivel in de aardse werkelijkheid, en hij wijdt boeiende passages aan de manier waarop de duivel met razendsnelle handigheid allerlei harde en grote voorwerpen uit de mond van een heks kon toveren die zich volgens de normale anatomische beginselen niet in het menselijk lichaam konden bevinden. Maar die vormen van tussenkomst vielen natuurlijk te verklaren, ze stredden niet langer met de wetten van de menselijke observatie.

Wier heeft geprobeerd het gangbare amalgaam tussen natuur en bovennatuur te rationaliseren en de aardse werkelijkheid tot een object van ofwel aardse cultuur ofwel strikt bovennatuurlijk ingrijpen te maken. Hij achtte het voor een mens onmogelijk een ander mens te betoveren; strafrechtelijke vervolging van tovenaars en tovenaressen was derhalve een juridisch monstrum. Schade berokkend door (of toegeschreven aan) als tovenaars en heksen gedoodverfde mannen of vrouwen beschouwde hij niet langer als een gevolg van persoonlijk handelen dat in termen van persoonlijke verantwoordelijkheid en schuld moest worden beoordeeld en dus strafbaar voor de wet was. Die schade was ofwel de consequentie van een passief gebrek, namelijk een psychische afwijking in de persoon zelf – een zielsziekte, gewoonlijk ‘melancholie’ genoemd naar het psychosomatische, cultureel bepaalde humeurensysteem waarin mensen toen werden ingedeeld –, ofwel het resultaat van een onverschuldigde interventie van de duivel in een willoos slachtoffer, vanuit de bovennatuur. De duivel zelf had naar Wiers overtuiging geen menselijke hulp nodig om zijn duivelswerk te verrichten en moest daarmee buiten het rechtssysteem worden geplaatst. Ook de tovenaar en de heks kwamen daarmee feitelijk buiten het procesrecht te staan. Ze werden ontoerekeningsvatbaar, zoals wij zouden zeggen. De heks verdiende het weliswaar te worden opgesloten vanwege de schade die ze kon berokkenen, maar de vraag naar oorzaak, motivatie en schuld werd buiten haar persoonlijke verantwoordelijkheid gelegd. Daarmee deed de cultuur luidruchtig haar intrede in de verdediging.

8. Bestraffing, verzoening, genezing

De culturalisering van magie en duivelswerk hing in de lucht. Drie jaar voor de publicatie van Wiers hoofdwerk had een buurtgenoot, pastoor Jacob Vallick uit het dorp Groessen in de Liemers, een humanistisch geschoolde geestelijke, als eerste in Europa al een pedagogisch traktaatje in de volkstaal geschreven voor de gewone man, in de vorm van een alledaagse dialoog tussen een pastoor en enkele dorpelingen. Daarin betoogde ook de pastoor al dat geloof in heksen een ziekte is die niet in de rechtbank behoort te worden behandeld maar in het leven van alledag moet worden opgelost, door het heksengeloof als iets irrationeels uit de dorpsgemeenschap

¹³ V. Hoorens, *Een ketterse arts voor de heksen: Jan Wier (1515-1588)*, Amsterdam: Bert Bakker 2011. Overigens zijn nogal wat interpretaties uit deze studie in het licht van de stand van het onderzoek discutabel.

te bannen en het door rationeel christelijk geloof te vervangen, maar ook door de heksen en tovenaars zelf van hun psychische problemen te genezen. In plaats van bestraffing zocht pastoor Vallick dus naar verzoening in de lokale samenleving en genezing van de feitelijk als slachtoffer beschouwde daders. Hij trad trouwens zelf op als genezer van psychische ziekten, net als later zijn zoon, pastoor van Oud-Zevenaar, en vele andere geestelijken uit zijn tijd, katholieke priesters zo goed als gereformeerde dominees. Even later werd hij voor het Hof van Gelre gedaagd omdat een naburige edelman die hij van waanideeën had willen genezen hem ervan beschuldigde dat hij door zijn interventie juist op magische wijze lichamelijke ongemakken bij hem had veroorzaakt. Het Hof was echter verstandig en vervolgde hem niet. Wier en Vallick kenden elkaar, maar Wier apprecieerde de acties van de pastoor allerm minst, ten eerste omdat hij als genezer op zijn terrein kwam, als medicus formeel ongeschoold was en zijn denkwereld in gevaarlijk populistische termen verwoordde, maar vooral omdat het optreden van de pastoor als een vorm van contramagie kon worden beschouwd en dus feitelijk in dezelfde orde zou liggen als de magie die hij juist wilde bestrijden. Het feit dat de Vallicks genezers en exorcisten van vader op zoon waren, versterkt die impressie inderdaad.¹⁴

Wiers werk werd heftig bestreden door verscheidene juristen, onder wie enkele van de meest vooraanstaande, zoals de grote Franse rechtsgeleerde Jean Bodin (1530-1596) die tegen Wier zijn *Démonomanie des sorciers* (1580) schreef, en de Engelse koning Jacobus I (1566-1625) die er zijn *Daemonologie* (1597) aan wijdde. De controverse zou nog vele decennia duren; ik hoef daar niet nader op in te gaan. Maar deze allereerste controverse over magie en geloof als subject van rechtspraak is daarom zo interessant omdat ze laat zien hoe lastig het moet zijn geweest voor de zestiende- en zeventiende-eeuwers, die op de grens van meerdere wereldbeelden balanceerden en min of meer onbewust in hun eigen cultuur gevangen zaten, om feit en schuld in balans te houden, en hoe ze langzaam gingen aarzelen om de gedaagde bij een aanklacht wegens duivelspact voor verantwoordelijk en toerekeningsvatbaar te houden.

Daar ligt een duidelijk verband met de groeiende aandacht voor de culturele dimensie van alle menselijk handelen die we tezelfdertijd ook in andere wetenschappen tegenkomen. Bijvoorbeeld in de katholieke theologie met haar groeiende ideologie van schuld en boete waardoor het biechtsacrament een steeds grotere rol in het maatschappelijke leven ging spelen en af en toe een geduchte concurrent van de rechtspraktijk kon worden, in de protestantse theologie met haar complexe samenspel tussen predestinatieleer en ethiek, in de wijsbegeerte met het humanisme en het hermetisme, en in de geneeskunde met de opkomende psychologie en psychiatrie. In de zeventiende eeuw zijn enkele grote toverij- of heksenprocessen gevoerd waarin die verschillende factoren, dimensies en benaderingen tegenover elkaar kwamen te staan en de grenzen van de culturele systemen door de opposenten en de partijen werden afgetast, zoals die van Loudun in Frankrijk (1633-1634), Lemgo in Duitsland (1667-1683), of Salem in Massachusetts (1692-1693).

¹⁴ W. Frijhoff, 'Johan Wier en Jacob Vallick: medicus tegen pastoor?', in: W. de Blécourt, W. Frijhoff & M. Gijswijt-Hofstra (red.), *Grenzen van genezing. Gezondheid, ziekte en genezen in Nederland, zestiende tot begin twintigste eeuw*, Hilversum: Verloren 1993, p. 17-45.

9. Verwetenschappelijking en secularisering

In de Nederlandse Republiek zelf was toen al een volgende stap in de ontwikkeling gezet.¹⁵ Het strafrecht was nog steeds onverbiddelijk ten aanzien van toverij, maar in de rechtspraktijk en de jurisprudentie waren vanaf de tweede helft van de zestiende eeuw niet alleen de advocaten maar ook de rechters zelf huiverig geworden om tot actief ingrijpen van de duivel te besluiten en heksen te veroordelen op grond van de aannemelijkheid van een duivelspact. Daarom werden er in de Noordelijke gewesten na de jaren 1560, met uitzondering van een korte opvlamming tussen 1585 en 1591, nog maar weinig processen wegens toverij gevoerd en zijn daar alles bij elkaar betrekkelijk weinig personen wegens hekserij terechtgesteld. In het gewest Holland werden in de hele zestiende eeuw vermoedelijk niet meer dan 35 doodvonnissen wegens toverij gevelde. Het laatste proces vond in 1614 plaats, vele jaren vóórdat de processen in vrijwel alle andere landen werden gestaakt. De beklagde werd vrijgesproken.

De generaties juristen van na 1600 vonden de aanklacht van toverij onzinnig, want irrationeel. Ze paste niet meer in hun mentale denkwereld en hun cultureel systeem. Zij werden daarin gesteund door een uitspraak van de gezamenlijke hoogleraren in de geneeskunde en de wijsbegeerte van de Leidse universiteit. In 1594 hadden die op verzoek van het Hof van Holland en Zeeland verklaard dat de waterproef waaraan het gerecht de van duivelse toverij beschuldigten in Holland vanouds onderwierp – als ze bleven drijven waren ze schuldig omdat de duivel dan kennelijk hun gewicht had ontnomen – (natuur)wetenschappelijk gesproken geen enkele bewijskracht had.¹⁶ Het duurde nog een eeuw voordat de verlichte Amsterdamse predikant Balthasar Bekker (1634-1698) in de jaren 1690 korte metten maakte met het geloof in de aannemelijkheid van welke aardse tussenkomst van de duivel ook, en weer een paar eeuwen voordat de duivel zelf feitelijk van het toneel verdween – maar dan speelt hij allang geen rol meer in de rechtspraak, tenzij in de vorm van kwaadaardig handelen van mensen op grond van hun eigen duivelsgeloof.

De duivel, als cultureel construct, verdween dus uit het rechtssysteem, zij het niet onmiddellijk uit de praktijk, het leven en de geloofsovertuiging van alledag. Willem de Blécourt, die indertijd de ontwikkeling van het toverijgeloof in de provincie Drenthe door de eeuwen heen heeft bestudeerd, heeft bijvoorbeeld aangetoond dat toverij daar in de loop van de vroegmoderne tijd als rechtsgrond uit de rechtspraak verdwijnt.¹⁷ In de negentiende eeuw wordt ze niet meer in de gerechtelijke stukken benoemd, ze bestaat dan niet meer voor de rechtspraak. Maar dat betekent niet dat ze uit het leven en het communicatiesysteem van de dorpsgemeenschappen is verdwenen. Rechters veroordelen beklagden dan louter nog op grond van

15 W. Frijhoff & M. Gijswijt-Hofstra (red.), *Nederland betoverd. Toverij en hekserij van de veertiende tot in de twintigste eeuw*, Amsterdam: De Bataafsche Leeuw 1987; H. de Waardt, *Toverij en samenleving. Holland 1500-1800*, Den Haag: Stichting Hollandse Historische Reeks 1991.

16 P.C. Molhuysen (red.), *Bronnen tot de geschiedenis van de Leidsche universiteit*, I (RGP, grote serie, 20), 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1913, p. 289-291.

17 W. de Blécourt, *Termen van toverij. De veranderende betekenis van toverij in Noordoost-Nederland tussen de 16de en 20ste eeuw*, Nijmegen: SUN 1990.

het lichamelijk letsel dat ze een ander hebben aangedaan. Wie vervolgens de lokale krant opslaat, ontdekt dat achter dat letsel nogal eens een beschuldiging van toverij schuilgaat die in de samenleving zelf nog wel degelijk als zinvol wordt ervaren, en dat er dan nog steeds families zijn aan wie via biologische overerving magische krachten worden toegeschreven. Maar de cultuur die de rechtspraak bepaalt, is de groeps cultuur van de intelligentsia geworden die toverij niet langer als een denkbare en geloofwaardige vorm van handelen beschouwt. Vanuit cultureel-antropologisch gezichtspunt is daarmee de magische cultuur voor de rationele ingeruild, maar het blijven contingente culturele vormen en verklaringssystemen van de werkelijkheid die een bepaalde positie op de tijd-as innemen en niet per definitie eeuwigheids-waarde hebben, ook de westers-rationele niet, zoals de ontspoorde rechtspraak van dictatoriale regimes ons nog in een recent westers verleden hebben laten zien.

10. Tolerantie

In het verleden zijn deze ontwikkelingen nogal eens als een vorm van groeiende tolerantie geduid. Op het gebied van de rechtspraak wordt dan gewezen op een steeds menswaardiger behandeling: afschaffing van de pijnbank en van wrede lijfstraffen, vervanging door een humaner geachte vorm van tewerkstelling en vervolgens vooral opsluiting, enzovoort. Maar de definitie van menswaardigheid heeft zelf een ingewikkelde culturele structuur en staat in nauw verband met de wensen en verwachtingen die in de concrete samenleving ten aanzien van individu en gemeenschap leven. Meer in het algemeen kunnen we in het denken over de ontwikkeling van cultuur twee basisvormen onderscheiden. Enerzijds een finalistische, soms zelfs triomfalistische visie, die een weliswaar langzame en per tijdperk en land verschillend geritmeerde, maar toch onstuitbare ideële vooruitgang naar een steeds rationeler en humaner samenleving met een steeds volmaakter rechtssysteem en genuanceerder rechtspraktijk poneert; anderzijds een meer op contingentie gerichte visie die de nadruk legt op de ups en downs van de ontwikkelingscurve van de cultuur waarbij weliswaar bepaalde vormen van denken over rationaliteit en humaniteit worden bevorderd maar in een praktische uitvoering en in maatschappelijke vormen die haaks kunnen staan op de evolutie van het ideeëngoed, ja die dat ideeëngoed zelf kunnen perverteren. De eerste optie blaakt van optimisme, de tweede is wat sceptischer, en wat mij betreft ook wat realistischer. Maar het is wel zeker dat de historicus die zich over het probleem van de tolerantie in de geschiedenis buigt en daar een samenhangend verhaal over wil vertellen, in feite tussen een van beide grondhoudingen moet kiezen. Ik schaar mijzelf in principe onder de tweede groep historici, al heb ook ik af en toe natuurlijk oprispingen van vooruitgangsoptimisme die mijn historische blik mede kleuren.

Dat geldt in het bijzonder voor het tolerantieverhaal. Ik blijf dan even in het domein van het recht. Tolerantie is een begrip dat vooral vanuit religieuze problematiek is gesmeed, en dat, voordat het begrip geleidelijk in politieke en wettelijke bepalingen werd verankerd, eerst door theologen, filosofen en politici is gemunt vanuit de noodzaak van pluriform samenleven in een juridische gedoogpraktijk, met behoud

van de verworven rechten van groepen die te groot waren om ze te verbannen of uit te roeien.¹⁸ Eerst langzamerhand en pas in een laat stadium is tolerantie tot rechtsbeginsel ontwikkeld; in veel landen, maar ook in specifieke situaties hier te lande, is het nog heel lang een omstreden begrip gebleven. Wat de geschiedenis van Nederland betreft, noem ik als lichtend voorbeeld de geruchtmakende rectoraatsrede die de Leidse jurist Gerard Noodt (1647-1725) al in 1706 hield onder de titel *De religione ab imperio iure gentium libera* (Over de vrijheid van godsdienst volgens het volkerenrecht), met een theoretische verantwoording van het gedoogbeleid in de Noord-Nederlandse Republiek als principiële vorm van tolerantie, die verder ging dan de filosofische benaderingen die John Locke (1632-1704) en Pierre Bayle (1647-1706), een Engelse en een Franse vluchteling in Rotterdam, even tevoren hadden gepubliceerd.¹⁹ Noodt stelde dat elk individu van nature vrij is om zijn eigen godsdienst te formuleren, dat hij vrijheid van vereniging heeft en dus zelf zijn kerk kan kiezen, en dat godsdienst vrij behoort te zijn van beïnvloeding door de burgerlijke overheid, aangezien geen enkel individu over God en zijn eredienst mag oordelen. De burgerlijke overheid mag alleen het welzijn van de staat of de samenleving ten doel hebben; in al het andere, godsdienst inclusief, gaat zij haar boekje te buiten.

Noodt's leerling Jean Barbeyrac (1674-1747), nog een Franse vluchteling, vertaalde de tekst onder de titel *Discours sur la liberté de conscience* (Vertoog over de gewetensvrijheid). Daarmee verschoof de focus van de godsdienstvrijheid naar de gewetensvrijheid, en van de kerk naar het individu, ver van klerikale bemoeienis. In feite werd die gewetensvrijheid in Noord-Nederland al vanaf 1579 gewaarborgd door artikel 13 van de Unie van Utrecht, zij het dat die daar op de religie sloeg: 'mits dat een yeder particulier in syn religie vry sal mogen blyven ende dat men nyemant ter cause vande religie sal mogen achterhaelen ofte ondersoecken'.²⁰ De Republiek, hoewel formeel een staat die het protestantisme bevorderde en de gereformeerde godsdienst als enige publieke godsdienst op haar grondgebied erkende, had sindsdien een eigen cultuur van tolerantie ontwikkeld, het fameuze gedoogbeleid. Dat

- 18 O.P. Grell & B. Scribner (red.), *Tolerance and intolerance in the European Reformation*, Cambridge UK: Cambridge University Press 1996; J.I. Israel, 'The Intellectual Debate about Toleration in the Dutch Republic', in: C. Berkvens-Stevelinck, J. Israel & G.H.M. Posthumus Meyjes (red.), *The Emergence of Tolerance in the Dutch Republic*, Leiden, New York & Keulen: Brill 1997; J.I. Israel, *Radical Enlightenment. Philosophy and the Making of Modernity 1650-1750*, Oxford UK: Oxford University Press 2001; R. Po-Chia-Hsia & H. van Nierop (red.), *Calvinism and Religious Toleration in the Dutch Golden Age*, Cambridge UK: Cambridge University Press 2002; B.J. Kaplan, *Divided by Faith: Religious Conflict and the Practice of Toleration in Early Modern Europe*, Cambridge Mass.: Belknap Press 2007; C. Scott Dixon, D. Freist & M. Greengrass (red.), *Living with Religious Diversity in Early-Modern Europe*, Farnham, Surrey: Ashgate 2009.
- 19 J. Locke, *Epistola de tolerantia* (1689), transl. by William Popple, *A Letter concerning Toleration* (1689); Latin and English texts revised and edited by Mario Montuori, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1963; P. Bayle, *Commentaire philosophique sur ces paroles de Jésus-Christ: Contrains-les d'entrer*, Cantorbery [=Amsterdam?]: Litwel 1686; vert.: *A Philosophical Commentary on these Words of the Gospel, Luke 14:23, 'Compel Them to Come In, That My House May Be Full'* (1686), ed. by J. Kilcullen & Ch. Kukathas, Indianapolis, IN: Liberty Fund 2005; Voltaire, *Traité sur la tolérance*, introd. and notes by John Renwick, Oxford UK: Voltaire Foundation 1999. Vgl. J. Marshall, *John Locke, Toleration and early Enlightenment Culture*, Cambridge UK: Cambridge University Press 2006; J. Kilcullen, *Sincerity and Truth. Essays on Arnauld, Bayle, and Toleration*, Oxford UK: Clarendon Press 1988.
- 20 Vgl. S. Groenveld & H.L.Ph. Leeuwenberg (red.), *De Unie van Utrecht. Wording en werking van een verbond en een verbondsacte*, Den Haag: Martinus Nijhoff 1979.

werd gemoduleerd naar de gezindten (veel ruimte voor de luthersen, minder voor de dopers, nog minder voor de rooms-katholieken, maar juist weer wat meer voor de oud-katholieken) maar was in principe universeel zolang er niet aan de grondslagen van de christelijke staat werd gezaagd. In heel Europa werd die specifieke tolerantie-praktijk als uniek erkend.

Raadpensionaris Simon van Slingelandt (1664-1736), de politieke leider van de Republiek, ging rond 1727 nog een stap verder en wilde die cultuur tot wettelijke grondslag van zijn samenleving verheffen.²¹ In een tekst die onuitgegeven bleef maar voor dat tijdsbestek niet minder indrukwekkend is, verdedigde hij niet alleen de stelling dat kerk en staat twee gescheiden sferen vormen, maar toonde hij zich ook voorstander van een volwaardige godsdienstvrijheid voor alle staatsburgers en erkende hij het bestaansrecht van een verscheidenheid van confessies met gelijke rechten. Dat ideaal was op dat moment nog onhaalbaar maar het werd in diezelfde jaren wel visueel verbeeld in het rijk geïllustreerde publieksboek *Cérémonies et coutumes religieuses de tous les peuples du monde* (Amsterdam 1723-37) van Bernard Picart, door Wijnand Mijnhardt en zijn collega's in een recente studie uitvoerig geanalyseerd.²² Het straalt uit dat alle religies principieel gelijkwaardig zijn en dat kerk en staat twee gescheiden sferen zijn.

Maar het duurde nog flink wat jaren voordat die opvattingen in de publieke opinie gemeengoed en vervolgens ook politieke werkelijkheid werden. De naar Engeland geëmigreerde Nederlandse arts Bernard Mandeville (1670-1733) hield in zijn beroemde satire *Fable of the Bees* (Bijenfabel, 1714) een ondubbelzinnig antiklerikaal pleidooi voor een vrijheid van denken die veel verder ging dan eenvoudige geloofs- of gewetensvrijheid. 'Het belangrijkste argument voor tolerantie,' schreef hij, 'is dat verschillen van opvatting geen kwaad kunnen zolang de geestelijken in bedwang worden gehouden en van de staat niet meer rechten krijgen dan gewone leken'. Al deze teksten legden een intellectueel en cultureel fundament onder de ontwikkeling van meer seculiere ideeën over vrijheid van denken en godsdienstvrijheid, en vormden de basis voor een nieuwe rechtsorde op ideëel gebied.

Politici en filosofen bouwden daarop voort, zoals Voltaire (1694-1778) in zijn *Traité sur la tolérance* (1763) naar aanleiding van de terechtstelling van de hugenoot Jean Calas die ervan werd beschuldigd zijn zoon te hebben gedood omdat hij zich tot het katholicisme wilde bekeren, en even later in zijn *Dictionnaire philosophique* (1764). In Frankrijk werden ze uiteindelijk politiek verwoord in de *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (Verklaring van de rechten van de mens en de burger) van 26 augustus 1789, die de scheiding van kerk en staat doorvoerde, en de erkenning van een legitieme religieuze diversiteit koppelde aan de vrijheid van drukpers en vereniging. Bij de Bataafse Omwenteling van 1795 werden die ook in Nederland aangenomen. De Verenigde Staten volgden op 15 december 1791 met de Bill of Rights die in

21 J. van Eijnatten, 'Simon van Slingelandt (1664-1736) and the Dutch toleration debate', in: *Lias. Sources and Documents Relating to the Early Modern History of Ideas*, 34 (2008), p. 249-273.

22 L.A. Hunt, M.C. Jacob & W.W. Mijnhardt, *The Book that Changed Europe: Bernard & Picart's 'Religious Ceremonies of the World'*, Cambridge Mass.: Belknap Press 2010.

het eerste amendement op de grondwet godsdienstvrijheid en vrijheid van meningsuiting, van samenkomst en van de pers garandeerde.

II. Geschiedenis per decreet

Nu kom ik langzamerhand dichterbij het heden. Mijn laatste overwegingen over het thema ‘cultuur in het recht’ betreffen inderdaad de actualiteit, en wel een thematiek waar ik mij als historicus nauw bij betrokken voel – al worden historici op dit gebied maar zelden naar hun wetenschappelijk gefundeerde opinie gevraagd – namelijk dat van wetgeving over geschiedenis.²³ De hamvraag is of geschiedenis, dat wil zeggen historische kennis, in wetgeving en rechtspraak kan worden gefixeerd. Er zijn in de geschiedenis van totalitaire staten vele voorbeelden geweest van zo’n fixatie, te beginnen met de Sovjetunie, Nazi-Duitsland en communistisch China, maar ook recenter nog in nieuwere staten of regimes, zoals in sommige landen van de voormalige Sovjetunie, Cuba, de Arabische wereld en Zuid-Oost of Centraal Azië. Maar ook buiten zulke staten zien we een glijdende schaal die gaat van collectieve vastlegging van basiselementen van geschiedenis tot feitelijke consensusvorming en een meer of minder verplichte overdracht van collectief verworven geachte kennis via het onderwijs of andere media.²⁴

Denken we wat het eerste betreft aan de indringende wijze waarop in de Verenigde Staten in het dagelijks leven het stichtingsverhaal van de federatie, de vlag en een aantal kernwaarden worden overgedragen, of aan de wijze waarop bijvoorbeeld in Frankrijk in een nog niet zo ver verleden in door de staat voorgeschreven geschiedenisboeken het vak aan alle kinderen van het land tegelijk en op dezelfde wijze werd onderwezen. En wat het tweede betreft, om bij Nederland te blijven, aan de Canon van Nederland of aan de opdracht van het mislukte Nationaal Historisch Museum. In dat laatste geval gaat het om concrete vormen van staatspedagogiek, van bestuurlijke fixatie van historische kennis en inzichten ten behoeve van een nationale integratie- en cohesiepolitiek.²⁵ Over de noodzaak, de opportuniteit of het belang van zo’n politiek kan men van mening verschillen, maar het gaat hier in alle geval om kennis die voortdurend voor verandering en verbetering van inzicht vatbaar is. Ze ligt thans immers heel nauw in een ‘presentistisch’ klimaat ingebed waarin visies op de geschiedenis en vormen van historisch onderzoek vooral worden

23 Zie voor een juridische benadering (met een positief antwoord op deze vraag) vanuit de grote processen die sinds de Tweede Wereldoorlog zijn gevoerd: M. Osiel, *Mass Atrocity, Collective Memory, and the Law*, New Brunswick, NJ: Transaction Publishers 1999 (2007).

24 Zie de overwegingen van Tzvetan Todorov, *Les abus de la mémoire*, Parijs: Arléa 1995 (2004).

25 Voor een gelijksoortig initiatief in Frankrijk: J.-P. Babelon, I. Backouche, V. Duclert & A. James-Sarazin (red.), *Quel musée d'histoire pour la France?*, Parijs: Armand Colin 2011. Voorts M.-L. von Plessen (red.), *Die Nation und ihre Museen*, Frankfurt & New York: Campus Verlag 1992, en de digitale EuNaMus congresbundel van P. Aronsson & G. Elgenius (red.), *Building National Museums in Europe 1750-2010. Identity Politics, the Uses of the Past and the European Citizen*, Bologna 28-30 April 2011: <www.ep.liu.se/ecp_home/index.en.aspx?issue=064>.

bepaald door de beelden en behoeften van het heden, en waarin subjectieve herinnering de plaats van geschiedenis inneemt.²⁶

Wat ik hier bedoel, gaat echter nog een stap verder. Het gaat hier om de aanzetten tot een wettelijk vastgelegde herinneringspolitiek zoals die recent in verschillende landen van Europa gestalte heeft gekregen en door een Europese kaderwet, aangenomen op 28 november 2008, voor alle landen op specifieke punten verplicht wordt gesteld, al moet ze door de afzonderlijke landen nog worden getekend.²⁷ Alle landen hadden deze wet binnen twee jaar in hun eigen wetgeving moeten opnemen, wat bij mijn weten tot nu toe overigens nauwelijks is gebeurd. Het doel ervan is de grote nationale verschillen in wetgeving over geschiedenis te reduceren. Let wel, wetgeving over geschiedenis wordt daarbij op zichzelf als zinvol en mogelijk beschouwd.²⁸

Die wetgeving betreft in het bijzonder de ‘strijd tegen bepaalde vormen van racisme en xenofobie’. Verboden worden niet alleen ‘ontkenning’ (zoals door de wet-Gayssot, Frankrijk 1990) maar ook ‘banalisering of medeplichtigheid aan banalisering’ van ‘oorlogsmisdaden, misdaden tegen de menselijkheid en genocides’. Het gaat daarbij in het bijzonder om misdaden uit de contemporaine periode, zoals de Holocaust. Het probleem ligt niet zozeer in de inhoud van de verbodsbepalingen, want daar zal ieder weldenkend burger het mee eens zijn, als wel in het basisidee dat geschiedenis in wetgeving kan worden vastgelegd.²⁹ Daarachter ligt de overtuiging dat historische kennis een geheel van vastliggende feiten vormt waaraan niet getornd kan worden – een opvatting die vermoedelijk te herleiden is tot het Rankeaanse idee ‘wie es eigentlich gewesen’ –, terwijl de geschiedwetenschap zelf juist in alle toonaarden benadrukt dat er weliswaar vastliggende gegevens (harde ‘feiten’) bestaan maar dat het meer globale geschiedbeeld altijd van narratieve aard is en dat het uit de aard der zaak een interpretatie biedt die evengoed bepaald wordt door filosofische vooronderstellingen en culturele waarden, ja vooroordelen, als door politiek wensdenken. Het verhaal van een natie is altijd gericht op de gewenste toekomst van de betrokken samenleving en het verleden wordt daar in die zin voortdurend door herordend. Daarmee is het wezenlijk cultureel van aard. Een voorbeeld van de debatten die dat oplevert, vinden we in de Armeense genocide van 1915. Het structureel genocidaal

26 Zie voor de belangrijke, recent opgekomen notie van presentisme: F. Hartog, *Régimes d'historicité. Présentisme et expériences du temps*, Parijs: Éd. du Seuil 2003.

27 Zie voor recent onderzoek naar de werking van historische herinnering en herinneringspolitiek: W. Frijhoff, *De mist van de geschiedenis. Over herinneren, vergeten en het historisch geheugen van de samenleving*, Nijmegen: Uitgeverij Vantilt 2011, met uitvoerige bibliografie; K. Tilmans, F. van Vree & J. Winter (red.), *Performing the Past. Memory, History, and Identity in Modern Europe*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2010; M. Pakier & B. Stråth (red.), *A European Memory? Contested Histories and Politics of Remembrance*, Oxford UK: Berghahn 2012.

28 M. Grever heeft die herinneringspolitiek in Nederland ‘Geschiedenis per decreet’ genoemd, in *Tijdschrift voor geschiedenis* 2007, 120:3, p. 382-386. Zie voor Duitsland en Frankrijk, met daarbij een overzicht over andere Europese landen: W. Schulze, ‘Erinnerung per Gesetz oder “Freiheit für die Geschichte”’, *Geschichte in Wissenschaft und Unterricht* 2008, 59:7-8, p. 364-381. Voor Frankrijk in het bijzonder: P. Blanchard & I. Veyrat-Masson (red.), *Les guerres de mémoires. La France et son histoire*, Parijs: La Découverte 2010.

29 Zie ook de bijdragen in F. van Vree & R. van der Laarse (red.), *De dynamiek van de herinnering. Nederland en de Tweede Wereldoorlog in een internationale context*, Amsterdam: Bert Bakker 2009.

karakter van de moordpartijen wordt door de Armeense bevolkingsgroepen benadrukt en zelfs tot kernelement van het collectieve geschiedverstaan en nationaal besef verheven, terwijl het door Turkije in alle toonaarden wordt ontkend of geminimaliseerd, dan wel tot collectieve of lokale misdrijven jegens specifieke groepen of segmenten van de bevolking wordt teruggebracht.

12. Totalitaire herinneringspolitiek?

Zulke ontwikkelingen zijn op zichzelf begrijpelijk en het instrument van de wetgeving kan soms beslist zinvol zijn om een onwenselijke ontwikkeling in de opinievorming van de samenleving een halt toe te roepen of in andere banen te leiden. In zijn oratie *De passie voor een alledaagse rechtsorde* heeft W.J. Veraart recent terecht gesteld dat wetgeving over vergeten dan wel herinneren een heilzame werking in de samenleving kan hebben wanneer zij een reactie vormt op grootschalig onrecht in de geschiedenis, zoals na massaconflicten, burgeroorlog of perioden van onderdrukking, en de maatschappelijke verhoudingen dan weer repareert door een collectief proces van vergeving en verzoening, ja van welbewuste, geplande vergetelheid.³⁰ Desondanks zet wetgeving over herinneringspolitiek gemakkelijk de sluis open voor vormen van fixatie van de geschiedenis die vanuit historisch oogpunt volstrekt ongewenst, ja vrijwel steeds schadelijk zijn. Misschien niet eens zozeer vanwege de feitelijke inhoud van de wet als wel omdat daardoor wordt gesuggereerd dat een bijzondere groepering in de samenleving, al is dat dan ook de staat zelf met haar vertegenwoordigers, uiteindelijk meester kan en mag zijn over de herinnering van allen. Dat is precies het totalitarisme dat de tegenstander wordt verweten. Het berust dan ook op een fundamenteel misverstand, wellicht niet zozeer vanuit politiek oogpunt als wel cognitief – en wat mij betreft tevens vanuit het gezichtspunt van de beroepshistoricus, want hij mag zich als de hoeder van de rechten van wie ons in het verleden zijn voorgegaan en als bewaker van de wetenschappelijke geldigheid van het maatschappelijk proces van geschiedvorming beschouwen.

Ik houd het nu bij één voorbeeld: de Nederlandse Opstand van de zestiende eeuw, het fundament van de Nederlandse staat. Als het historische beeld van die Opstand bij wet zou zijn vastgelegd, zou dat tot ver in de negentiende en vermoedelijk nog in de twintigste eeuw in een Opstand ten gunste van het protestantisme hebben geresulteerd, het geboortecertificaat van de protestantse natie. Niet alleen omdat de meerderheid van de Kamer zo dacht maar ook omdat dit de dominante opinie van de protestantse elite was die historisch Nederland overheerste. Thans neigt de historische opinie veel meer naar een interpretatie in termen van burgeroorlog tussen twee in wezen gelijke partijen, zij het met een uiteenlopende politieke oriëntatie of loyaliteit, en de slotoverwinning van een van beide partijen dank zij de politieke, militaire en economische ontwikkelingen in binnen- en buitenland. De religieuze

³⁰ W.J. Veraart, *De passie voor een alledaagse rechtsorde. Over vergeten, herinneren en vergeven als reacties op historisch onrecht* (oratie Amsterdam VU, 23 oktober 2009), Den Haag; Boom Juridische uitgevers 2010.

uitkomst was weliswaar een van de inzetten van de strijd, maar als uitkomst heeft ze eerst in een laat stadium een dominante betekenis gekregen, toen de Republiek zich namelijk extern als protestantse mogendheid ging profileren en mede vanwege haar geloofwaardigheid als zodanig intern andere godsdiensten, inclusief andere interpretaties van de dominante religie dan de orthodoxe (denk aan de remonstranten na 1619), uit de publieke ruimte ging weren.

De culturele dimensie van elk geschiedbeeld en van elke vorm van geschiedschrijving wordt in dit geval nog versterkt door het verlangen van de wetgever om zelf cultuur te maken door een toenemende identiteitspolitiek en door bevordering van de sociale cohesie binnen het staatsverband – en trouwens ook in Europees verband. ‘Cultuur in het recht’ krijgt hier dus opnieuw een dubbele betekenis. Daarbij zijn dan nog twee gradaties te onderscheiden, namelijk een maximalistische benadering die heel de geschiedenis en alles uit de geschiedenis in principe onder die wetgeving wil laten vallen, en een minimalistische benadering die de wet alleen wil toepassen op die misdaden uit de contemporaine periode die door een internationaal strafhof of rechtbank berecht zijn – dus niet de Kruistochten, de Katharenstrijd, de Bartholomeüsnacht van augustus 1572 (waarbij in Frankrijk tienduizenden hugenoten werden omgebracht), de godsdienstoorlogen, de slavernij, en de pro- of contrarevolutionaire handelingen in de verschillende landen van Europa door de eeuwen heen, zoals allerlei lobby- en actiegroepen bepleiten, vaak met electorale bijgedachten in het achterhoofd.

Men mag daarover glimlachen maar de realiteit is intussen al redelijk complex. Zo zijn in Frankrijk, met ster het topland op dit gebied, achtereenvolgens wetten of decreten uitgevaardigd ter criminalisering van verkeerd geachte meningen over of ontkenning van twee categorieën die sinds een hervorming van het strafrecht in 1992 naast de nazimisdaden worden onderscheiden, namelijk ‘génocide’ en ‘crimes contre l’humanité’. Die ‘lois mémorielles’, zoals ze worden genoemd, betreffen

1. de nazimisdaden (in Frankrijk al bij wet vastgelegd in 1945; in diverse andere landen zijn daarover later wetten ingediend of aangenomen, waar men het verbod op het drukken, bezitten of lezen van Hitler’s *Mein Kampf* en, in Duitsland, op het zingen van het *Horst Wessel*-lied aan kan toevoegen);
2. de realiteit van de Holocaust (de wet-Gayssot van 1990 over het negationisme, dat wil zeggen het ‘revisionisme’ van Holocaust-ontkennende auteurs als Robert Faurisson, Serge Thion en David Irving; in Oostenrijk al een wet in 1947, in Duitsland in 1994, in België in 1995, en nog in een aantal andere landen);³¹
3. de Armeense genocide (twee wetten, namelijk de wet over Armenië van 2001 en wet-Masse van 2006, maar debat erover blijft vooralsnog toegestaan);
4. de slavenhandel en slavernij door westerse naties sinds de vijftiende eeuw (de wet-Taubira, 2001);
5. de positieve rol van de Franse aanwezigheid in de kolonies overzee (in de wet-Mékachéra van 2005, waarbij de natie haar erkentelijkheid betuigt aan de teruggekeerde kolonisten);

31 R.A. Kahn, *Holocaust Denial and the Law: A Comparative Study*, Basingstoke & New York: Palgrave Macmillan 2004.

6. de verplichting om op school de afscheidsbrief van de jonge communistische verzetsheld Guy Môquet voor te lezen (decreet van president Sarkozy, oktober 2007).

Er zijn bovendien wetsontwerpen ingediend voor erkenning van de genocides in Cambodja, Rwanda en Bosnië; in 2007 voor de genocide van de contrarevolutionaire strijders in het departement Vendée in 1793-94, voorts voor de slachting van de Zwitserse gardes in Parijs in 1792, van de Oekraïeners in de Sowjetunie in 1932, enzovoort.

De beroepshistorici hebben zich collectief tegen die vorm van wetgeving over geschiedenis verzet, te beginnen met Frankrijk zelf, waar René Remond op 13 december 2005 het manifest *Liberté pour l'histoire* publiceerde dat massaal aanhang vond, en Pierre Nora in *Le Monde* van 11 oktober 2008 het *Appel de Blois* liet opnemen dat door 1348 historici uit 49 landen werd ondertekend.³² In hun ogen is het niet aan het parlement om geschiedenis te schrijven en nog minder om het historisch debat te beperken. En het is niet aan de rechter om uit te maken of een interpretatie al dan niet wetenschappelijk correct is. Op 21 december 2011, op de drempel van het kerstreces, nam een handvol in de Assemblée Nationale aanwezige Franse afgevaardigden nog een wet aan die 'contestation des génocides reconnus par la loi' (ontkenning van de bij wet erkende genocides) expliciet strafbaar stelde, daarbij feitelijk vooral doelend op de Armeense genocide die in het Franse klimaat buitengewoon gevoelig ligt vanwege de grote bevolkingsgroep van Armeense herkomst. Het Franse constitutionele Hof heeft die wet twee maanden later echter ongrondwettelijk verklaard. Daarmee lijkt voor het ogenblik een halt toegevoegd aan verdere wetgevende activiteit op historisch gebied. Bovendien verzet de internationale beweging van de *Concerned historians* onder leiding van de Groningse docent Antoon de Baets zich al enkele jaren actief tegen elke vervolging van historici omwille van hun beroepsuitoefening, of dat nu in totalitaire landen dan wel in het Westen zelf gebeurt.³³

13. Gevaren en misbruik van wetgeving over geschiedenis

De gevaren van wetgeving over de geschiedenis mogen duidelijk zijn:

- publiek misbruik van de geschiedenis met een politiek doel;
- retroactieve interpretaties van historische ontwikkelingen door de overheid, gemanipuleerd door politieke lobby's en belangengroepen;
- verbod op relativering, contextualisering of comparatisme, drie wezenlijke vormen van sociaal- en geesteswetenschappelijk onderzoek;
- inperking van de vrijheid van wetenschappelijk onderzoek;
- belemmering van de vrijheid van drukpers en meningsuiting;

32 Alle gegevens en documenten zijn te vinden op <www.lph-asso.fr>. Zie verder A. Garapon, *Peut-on réparer l'histoire? Colonisation, esclavage, Shoah*, Parijs: Odile Jac 2008.

33 <www.concernedhistorians.org>.

- en niet te vergeten de reparatieclaims van oorlogs-, slavernij- en deportatieslachtoffers, of van hun nazaten tot in vele generaties, waarbij het vaak nauwelijks minder schril leed dat de onderdrukte klassen in het Westen zelf in het verleden is aangedaan buiten spel wordt gezet.³⁴

Onder invloed van de krachtige kritiek van de kant van historici en intellectuelen wordt de staat op dit moment bijna overal terughoudender ten aanzien van formele wetgeving op historisch gebied. Maar dat verhindert als een boemerang ook legitieme kritiek op historische waanvoorstellingen zoals het negationisme. Zo zijn de wetsvoorstellen met een verbod op de Holocaust-ontkenning in Nederland en Italië ingetrokken, en is dat van Spanje in 2007 genuanceerd ('de Holocaust mag niet worden ontkend maar ook niet gerechtvaardigd'). In Nederland is ontkenning nu alleen indirect strafbaar via het discriminatieverbod. In Groot-Brittannië en vooral in de Verenigde Staten van Amerika, waar het Eerste Amendement op de Grondwet inbreuk op vrije meningsuiting ook op dit gebied heel moeilijk maakt, wordt wetgeving hierover geheel afgewezen – wat de Holocaust betreft ook door de Joodse raad zelf; maar via de jurisprudentie speelt de rechtspraak er in feite wel degelijk een wetgevende rol.

Moet de overheid de discussie over historische feiten, visies en interpretaties dus geheel vrij laten? Niet alleen in beginsel maar ook in feite, dus door af te zien van elke vorm van repressie van de meningsuiting over geschiedenis? In het raam van dit vertoog kan het antwoord niet anders dan bevestigend luiden, omdat elke vorm van vastlegging van geschiedenis per definitie een contingente culturele component bevat. Dat betekent uiteraard niet dat de slachtoffers geen rechten zouden kunnen doen gelden, maar die mogen niet tot wetgeving over de geschiedschrijving en de geschiedenis zelf leiden. Het probleem betreft niet alleen de feiten of de interpretaties, maar ook de terminologie: hedendaagse termen voor verschijnselen uit het verleden verleggen de context en daarmee mogelijk de interpretatie. Is het bijvoorbeeld toegestaan de term 'genocide' te gebruiken voor de collectieve afslachting van de Bandanezen in opdracht van Jan Pietersz Coen, als vertegenwoordiger van de Noord-Nederlandse VOC in 1621, zoals recent naar aanleiding van de controverseronde zijn standbeeld in Hoorn is gebeurd? Of voor de feitelijke (bewuste dan wel ongewilde, door de gevolgen van de inbreng van Europese ziekten gestuurde) uitroeiing van de Indianen van Amerika, zoals in Amerika zelf intussen bijna regel is? Wat zijn de politieke gevolgen en de juridische risico's van zulk vaak ondoordacht taalgebruik? Ook de historici staan daarmee midden in de problemen die de cultuur in het recht bij herhaling oproept en bij voortduring zal blijven oproepen.

34 Zie voor Nederland bijvoorbeeld: J. Withuis, *Erkenning. Van oorlogstrauma naar klaagcultuur*, Amsterdam: De Bezige Bij 2002.

7 Kunst en recht

Van wie is de Mona Lisa? Over culturele identiteit en globalisering

Ted de Boer*

Kunstvoorwerpen hebben geen paspoort, maar kennelijk wel een nationaliteit. Sinds de 19e eeuw kent het recht de bescherming van het 'nationaal erfgoed', dat in beginsel behouden moet blijven voor het land waar het is ontstaan of waarvan de maker onderdaan was of is. Het is de vraag of dit nationalistische uitgangspunt nog houdbaar is tegen de achtergrond van de voortschrijdende globalisering en de afnemende betekenis van het begrip natiestaat. Is er tegenwoordig nog behoefte aan wetten, verdragen en Europese verordeningen die grenzen stellen aan de uitvoer van 'nationaal' cultuurbezit? Is de identiteit van cultuurgoederen niet per definitie universeel?

1. Probleemstelling

Het is nog maar kort geleden dat staten zich sterk zijn gaan maken voor het behoud van hun nationale cultuurbezit. Dat er zoiets bestond als een nationaal cultureel erfgoed, werd in Nederland al onderkend in de 19^e eeuw, toen Victor de Stuers zich in een artikel in *De Gids* van 1873 beklagde over de onverschilligheid van de Nederlandse autoriteiten ten opzichte van onze nationale kunstschaten.¹ Niet alleen laakte hij de Nederlandse regering voor de verwaarlozing of zelfs afbraak van eeuwenoude rijksgebouwen, maar ook voor het gebrek aan zorg voor de rijkscollectie zoals bewaard in het Haagse Mauritshuis en in het Amsterdamse Trippenhuis, dat toen nog als rijksmuseum fungeerde. Daarnaast verweet hij de autoriteiten dat zij de verkoop van allerlei Nederlandse cultuurgoederen naar het buitenland niet hadden kunnen of willen voorkomen.² Hij noemde met name een koorafscheiding uit de *St. Jan van Den Bosch* een zogenoemd oxaal of jubé die met bisschoppelijke toestemming voor een luttel bedrag aan een handelaar in Engeland was verkocht.³ Kennelijk geleid door Thorbecke's credo dat de overheid zich niet met kunst bemoeien moet, deed de Nederlandse regering geen enkele poging deze transactie te verhinderen, tot grote woede van kunstminnende burgers als De Stuers.

* Prof. dr. Th.M. de Boer is emeritus hoogleraar internationaal privaatrecht en rechtsvergelijking aan de Universiteit van Amsterdam.

1 V. de Stuers, 'Holland op zijn smalst', *De Gids* 1873, p. 320-412.

2 De Stuers 1873, p. 372: 'Men is zoozeer er aan gewend al wat de geest, de kunstzin en het genie onzer voorouders voortgebracht hebben, ongehinderd uit ons vaderland te zien verdwijnen, dat men op dit punt verhard en versteend is.'

3 Volgens De Stuers 1873, p. 367, bedroeg de oorspronkelijke verkoopprijs f 1.200, terwijl de sloop f 2.000 had gekost. Het oxaal werd in 1871 voor £ 900 ('nagenoeg de waarde der materialen', De Stuers 1873, p. 368) doorverkocht aan het South Kensington Museum (in 1899 hernoemd tot Victoria & Albert Museum) te Londen, waar het nog steeds te zien is.

Ook in andere landen werd de overheid verweten dat zij te weinig zorg aan het behoud van het nationaal erfgoed besteedde. In Frankrijk leidde dat al in 1913 tot een wet ‘sur les monuments historiques’.⁴ Op grond daarvan worden sindsdien lijsten bijgehouden van zowel onroerende als roerende zaken die van eminent belang worden geacht voor de Franse cultuurgeschiedenis. In Duitsland bestond al in 1920 een verordening die erop gericht was de export van Duitse cultuurgoederen te verhinderen,⁵ na de Tweede Wereldoorlog gevolgd door een wet uit 1955 ‘zum Schutz des deutschen Kulturgutes gegen Abwanderung’.⁶ In Nederland duurde het allemaal wat langer. Sinds 1945 zijn er weliswaar verschillende commissies geweest die zich hebben uitgesproken over de wenselijkheid van een wet tot behoud van het Nederlandse cultureel erfgoed,⁷ maar de Monumentenwet kwam pas tot stand in 1961 en een regeling ter bescherming van roerende cultuurgoederen zou nog tot 1984 op zich laten wachten. Dat werd de Wet tot behoud van cultuurbezit (WBC).⁸

Op internationaal niveau kwam er in 1954 een UNESCO-verdrag tot stand ter bescherming van cultuurgoederen in geval van gewapend conflict.⁹ In 1970 werd dat gevolgd door een verdrag, ook van de UNESCO, dat gericht is op de bestrijding van de illegale handel in beschermde cultuurgoederen.¹⁰ Beide (niet-zelfwerkende) verdragen zijn intussen in Nederland geïmplementeerd, zij het met aanzienlijke vertraging. Het verdrag van 1954 werd weliswaar in 1958 geratificeerd,¹¹ maar de uitvoeringswet kwam pas in 2007 tot stand.¹² Goedkeuring en implementatie van het verdrag van 1970 volgden in 2009.¹³ Daarnaast is er een Europese Verordening

4 Loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques, inmiddels vervangen door de Code du Patrimoine (Ordonnance 2004-178 du 20 février 2004); zie ook *infra*.

5 Verordnung über die Ausfuhr von Kunstwerken vom 11. Dezember 1919, RGBl. 1919, p. 1961, in 1920 gevolgd door de Verordnung über den Schutz von Denkmalen und Kunstwerken vom 8. Mai 1920, RGBl. 1920, p. 913.

6 Gesetz zum Schutz des deutschen Kulturgutes gegen Abwanderung vom 6. August 1955, BGBl. I, p. 501 (‘Kulturschutzgesetz’), gewijzigd bij de wetten van 8 juli 1999 (BGBl. I, p. 1754) en 19 mei 2007 (BGBl. I, p. 757).

7 Nederland kende sinds 1945 een Deviezenbesluit (Stb. 1945, F222), waarin de uitvoer van kunstvoorwerpen boven een bepaalde waarde aan een vergunning werd gebonden. De werkzaamheden van een in 1956 ingestelde Rijkscommissie (commissie-Roëll) leidden niet tot nieuwe regels met betrekking tot de bescherming van cultuurbezit. Een volgende commissie, ingesteld in 1969 (commissie-Langelaan), kwam wel met voorstellen voor een geheel nieuwe wettelijke regeling maar die leidden uiteindelijk tot niets. Pas na intrekking van het Deviezenbesluit bij de Wet Financiële Betrekkingen Buitenland (Stb. 1980, 321) werd de zorg voor het behoud van het Nederlandse cultuurbezit kennelijk urgent. Vgl. P.S. Sjouke, *Wet tot behoud van cultuurbezit*, Lexplicatie, 2e druk, Deventer: Kluwer 2010, p. 12.

8 Stb. 1984, 49, laatstelijk gewijzigd bij de wet van 12 juni 2009, Stb. 2009, 255.

9 Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, 's-Gravenhage 14 mei 1954; Eerste Protocol 's-Gravenhage 14 mei 1954; Tweede Protocol 's-Gravenhage 26 maart 1999.

10 Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Cultural Property, Parijs 14 november 1970.

11 Stb. 1958, 356.

12 Wet van 8 maart 2007 houdende regels over inbewaarneming en instelling van een vordering tot teruggave van cultuurgoederen afkomstig uit een tijdens een gewapend conflict bezet gebied (Wet tot teruggave van cultuurgoederen afkomstig uit bezet gebied), Stb. 2007, 123, i.w.tr. 11 april 2007.

13 Wet van 12 juni 2009 tot uitvoering van de op 11 november 1970 te Parijs tot stand gekomen Overeenkomst inzake de middelen om de onrechtmatige invoer, uitvoer of eigendomsoverdracht van

uit 1992 (intussen vervangen door een verordening uit 2009)¹⁴ die betrekking heeft op de uitvoer van cultuurgoederen naar landen buiten de Europese Unie, alsmede de Richtlijn uit 1993 betreffende de teruggave van cultuurgoederen die op onrechtmatige wijze buiten het grondgebied van een Lid-Staat zijn gebracht.¹⁵ Met name deze Europese regelingen hebben ertoe bijgedragen dat in alle lidstaten intussen wetgeving is aangenomen die het behoud van het nationale cultuurbezit beogen te beschermen en de ongecontroleerde uitvoer daarvan naar andere landen willen verhinderen.¹⁶

De Europese, internationale en nationale regelgeving met betrekking tot cultuurgoederen is intussen zo wijdvertakt en ingewikkeld geworden dat er aan sommige buitenlandse rechtenfaculteiten zelfs al masteropleidingen gevolgd worden in een nieuwe juridische discipline die wel wordt aangeduid als ‘art law’ of ‘cultural heritage law’ of ‘droit des biens culturels’. Er valt over dit onderwerp dus nogal wat te vertellen, maar ik wil mij in deze voordracht beperken tot de vraag wat we eigenlijk moeten verstaan onder het cultureel erfgoed van een bepaald land, dus onder de term ‘nationaal cultuurbezit’. Die vraag is regelmatig actueel, zoals bijvoorbeeld bij de teruggave van de zogenoemde VOC-schat aan Australië in 2010. Het ging daar om munten, wapens en gouden gebruiksvoorwerpen die zich aan boord hadden bevonden van VOC-schepen, waaronder de Batavia, die in de 17^e eeuw voor de kust van West-Australië zijn vergaan. Nadat de wrakken waren ontdekt in de jaren zestig van de vorige eeuw, kwam er een deal tot stand tussen Nederland en Australië, waarbij de vondsten tussen beide landen werden verdeeld. Daar was eigenlijk niemand tevreden mee, want Australië vond dat alle opgedoken VOC-schatten in Australië thuishoorden, terwijl van Nederlandse kant betoogd werd dat zij deel uitmaakten van het Nederlandse erfgoed. Voor dat probleem is intussen een oplossing gevonden: Nederland is zo vriendelijk geweest het Nederlandse deel af te staan aan Australië, en intussen is de hele collectie te zien in de Shipwrecks Galleries van het West Australian Museum te Fremantle.¹⁷

Bekend is natuurlijk ook de eindeloze strijd om de Elgin marbles, een serie friezen en metopen afkomstig van het Parthenon in Athene en sinds 1804 in Brits bezit.¹⁸

culturele goederen te verbieden en te verhinderen (Uitvoeringswet UNESCO-verdrag 1970 inzake de onrechtmatige invoer, uitvoer of eigendomsoverdracht van cultuurgoederen), Stb. 2009, 255; i.w.tr. 17 juni 2009.

14 Verordening (EEG) nr. 3911/92 van de Raad van 9 december 1992 betreffende de uitvoer van cultuurgoederen, PbEG 1993, L 77, vervangen door Verordening (EG) nr. 116/2009 van de Raad van 18 december 2008 betreffende de uitvoer van cultuurgoederen, PbEU 2009, L 39; i.w.tr. 2 maart 2009.

15 Richtlijn 93/7/EEG van de Raad van 15 maart 1993 betreffende de teruggave van cultuurgoederen die op onrechtmatige wijze buiten het grondgebied van een Lid-Staat zijn gebracht, PbEG 1993, L 74.

16 Een overzicht is o.a. te vinden op de website van het European University Institute: <www.eui.eu/projects/InternationalArtHeritageLaw > national legislation>.

17 Persbericht Rijksdienst voor het Cultureel Erfgoed (OCW) d.d. 14 september 2010: <www.cultureelerfgoed.nl > actueel > persberichten > Australië>.

18 Vgl. John Henry Merriman (red.), *Thinking about the Elgin Marbles, Critical Essays on Cultural Property, Art and Law*, 2d ed., Kluwer Law International 2009. Uitgebreide documentatie met betrekking tot de argumenten pro en contra restitutie aan Griekenland is te vinden op <www.parthenon.newmentor.net>.

Een van de argumenten die van Britse zijde zijn aangevoerd om deze kunstschaten niet aan Griekenland terug te geven, berust op de stelling dat Lord Elgin ze heeft verwijderd en meegenomen met toestemming van Selim III, destijds de Sultan van het Ottomaanse Rijk en heerser over Griekenland, dat hij ze vervolgens wegens geldgebrek in 1816 aan de Britse staat heeft verkocht, en dat ze derhalve sinds die tijd tot het Britse cultureel erfgoed zijn gaan behoren.

2. De reikwijdte van het begrip ‘nationaal erfgoed’

Wat daarvan ook zij, uit deze twee voorbeelden blijkt wel dat er, nog afgezien van eigendoms kwesties, verschil van mening kan bestaan over de vraag wat wel en wat niet tot het nationaal cultuurbezit gerekend mag worden. Wordt het antwoord op die vraag bepaald door de plaats waar een cultuurhistorisch belangrijk voorwerp oorspronkelijk vandaan komt? Of door de plaats waar het is gemaakt? Of door de locatie van het gebouw waarvoor het bestemd was? Of door de plaats waar het zich al eeuwenlang bevindt, ook al kwam het oorspronkelijk uit een ander land? Of door het belang van het voorwerp voor de cultuurgeschiedenis van een bepaald land, om maar een paar criteria te noemen. Het probleem van deze vraagstelling is natuurlijk dat het antwoord van land tot land kan verschillen en dat een bepaald voorwerp dus door meer dan één land tot het nationale erfgoed gerekend kan worden. Zo beschouwde Nederland de voorwerpen aan boord van de Batavia natuurlijk als Nederlands cultuurbezit, maar ook Australië kon daarop een claim leggen omdat de Batavia voor de kust van dat land is vergaan en daarom van betekenis is voor de Australische maritieme geschiedenis. Dat lijkt misschien wat vergezocht, maar ook wij gebruiken dit criterium te pas en te onpas. Zo rekenen we tot het Nederlandse cultureel erfgoed onder meer een kayak uit West-Groenland om de enkele reden dat die kayak in de 17^e of 18^e eeuw is meegenomen door Nederlandse walvisvaarders, en sindsdien heeft gediend tot ‘studie, genoeg en educatie’ van het Nederlandse volk.¹⁹ Het zal echter duidelijk zijn dat zo’n ‘zeldzame’ 17^e-eeuwse kayak evengoed tot het cultureel erfgoed van Groenland gerekend kan worden.

Dit soort dubbele claims zijn onvermijdelijk zolang ieder land zelf de criteria bepaalt voor de aanwijzing van zijn nationaal cultuurbezit. Van de Europese regelgeving worden we in dit opzicht niet veel wijzer: het uitgangspunt van de verordening en de richtlijn is dat er zoiets bestaat als nationaal cultuurbezit, en dat iedere staat zelf bepaalt wat daaronder valt en wat niet. Volgens de nationale wetgeving op dit terrein kunnen cultuurgoederen die zich al in een bepaald land bevinden, worden aangewezen als nationaal cultuurbezit op grond van hun historisch of artistiek belang, ongeacht of zij oorspronkelijk uit het betrokken land afkomstig zijn of niet.

¹⁹ Dit blijkt uit de door de Raad voor Cultuur in 2001 gepubliceerde ‘actualisering en herziening’ van de lijst van beschermde voorwerpen en verzamelingen in de zin van de Wet tot behoud van cultuurbezit, <www.rijksoverheid.nl> → documenten-en-publicaties → wbc → het advies wbc>, p. 266: ‘Kayak uit West-Groenland (herziene redengeving)’.

In de Franse wet betreffende het cultureel erfgoed, bijvoorbeeld, worden de *trésors nationaux* van Frankrijk gedefinieerd als:

‘les biens appartenant aux collections publiques et aux collections des musées de France, les biens classés en application des dispositions relatives aux monuments historiques et aux archives, ainsi que les autres biens qui présentent un intérêt majeur pour le patrimoine national au point de vue de l’histoire, de l’art ou de l’archéologie’.²⁰

Vlaanderen kent een wettelijke regeling ter bescherming van ‘roerend cultureel erfgoed dat omwille van zijn bijzondere archeologische, historische, cultuurhistorische, artistieke of wetenschappelijke betekenis voor de Vlaamse Gemeenschap in Vlaanderen behouden moet blijven’.²¹ In Duitsland worden in de deelstaten ‘Verzeichnisse national wertvollen Kulturgutes’ bijgehouden die op federaal niveau in een ‘Gesamtverzeichnis’ zijn samengebracht. Op dergelijke lijsten worden cultuurgoederen geplaatst ‘deren Abwanderung aus dem Geltungsbereich dieses Gesetzes einen wesentlichen Verlust für den deutschen Kunstbesitz bedeuten könnte’.²² Ook in Nederland bestaat zo’n lijst van beschermde cultuurgoederen. Voor plaatsing op de lijst komen in aanmerking ‘roerende zaken van bijzondere cultuurhistorische of wetenschappelijke betekenis, die als onvervangbaar en onmisbaar behoren te worden behouden voor het Nederlands cultuurbezit’.²³ Als we die Nederlandse lijst wat nader bekijken,²⁴ dan blijkt dat daarop allerlei zaken voorkomen die niet in Nederland gemaakt of gevonden zijn en ook niet door een Nederlandse maker zijn vervaardigd. Zo staat er op de lijst een Triptiek van de Belgische kunstenaar Georges Vantongerloo uit 1921, met als argument dat het hier een zeldzaam werk betreft uit de periode van De Stijl, waarvan hij samen met zijn vriend Theo van Doesburg een van de grondleggers was.

Wat staat er nog meer op de lijst, behalve de Groenlandse Kayak en de Triptiek van Vantongerloo? Ik doe een greep: vijf draaiorgels waaronder het bekende orgel ‘De Arabier’; een verzameling rederijdersblazoenen, het wapenhemd van Koning Zwentibold, een Vlaamse kerststal uit de 16e eeuw, een neogotisch avondmaalservies,

20 Code du patrimoine (version consolidée au 1 janvier 2014), art. L 111-1 [mijn curs., dB].

21 Art. 3 (§ 1) Decreet houdende bescherming van het roerend cultureel erfgoed van uitzonderlijk belang van 24 januari 2003, Belgisch Staatsblad 14 maart 2003, gewijzigd op 30 april 2009, Belgisch Staatsblad 8 juni 2009, in de Vlaamse literatuur doorgaans aangeduid als het ‘Topstukendecreet’ [mijn curs., dB].

22 § 1 (1) Gesetz zum Schutz deutschen Kulturgutes gegen Abwanderung (zie ook hiervoor) [mijn curs., dB].

23 Art. 2 lid 1 Wet tot Behoud Cultuurbezit (WBC) [mijn curs., dB]. In het tweede lid wordt de term ‘onvervangbaar’ gedefinieerd (‘een roerende zaak waarvan geen of nagenoeg geen andere gelijke of gelijksoortige voorwerpen in goede staat in Nederland aanwezig zijn’). De ‘onmisbaarheid’ van een voorwerp wordt afgemeten aan zijn ‘symboolfunctie’, ‘schakelfunctie’ of ‘ijkfunctie’: heeft het voorwerp een functie ‘als duidelijke herinnering aan personen of gebeurtenissen, die voor de Nederlandse geschiedenis van overtuigend belang zijn’, of als een ‘wezenlijk element in een ontwikkeling, die voor de wetenschapsbeoefening, met inbegrip van de beoefening der cultuurgeschiedenis, in Nederland van overtuigend belang is’, of als een ‘wezenlijke bijdrage in het onderzoek of de kennis van andere belangrijke voorwerpen van kunst of wetenschap’?

24 In 2001 heeft de Raad voor Cultuur een ‘actualisering en herziening’ van de lijst gepubliceerd; zie hiervoor.

de Bibliotheca Philosophica Hermetica, de kruiswegstaties van Aad de Haas in het kerkje van Wahlwiller, en nog een groot aantal andere voorwerpen van kerkelijke kunst, inclusief een vrij grote collectie judaïca. In de categorie schilderijen vinden we behalve de Vantongerloo ook een schilderij uit de katholieke periode van Jan Toorop, en voorts het beroemde portret van Jan Six van Rembrandt.²⁵

Wat niet op de Nederlandse lijst staat, zijn de cultuurgoederen die zich bevinden in openbare en kerkelijke collecties. De Nederlandse overheid vond het aanvankelijk niet nodig die voorwerpen op de lijst te plaatsen, omdat men ervan uitging dat museum-directies en kerkbesturen wel zo verstandig zouden zijn ze niet te verkopen aan buitenlandse belangstellenden. Intussen worden zij toch door de WBC beschermd. Ter implementatie van de Europese Richtlijn heeft Nederland de wet in 1995 aangepast en bij die gelegenheid zijn alle cultuurgoederen in openbare musea, archieven, bibliotheken en kerkelijke instellingen aangemerkt als ‘nationaal artistiek, historisch of archeologisch bezit’, in de zin van artikel 1 van de Richtlijn, en onder het regime van de wet geplaatst.²⁶ Ons nationaal cultuurbezit is dus aanzienlijk groter dan men bij het doornemen van de lijst van beschermde voorwerpen zou vermoeden. In feite is de lijst alleen van belang voor voorwerpen die zich in handen van particulieren bevinden en niet voor het publiek toegankelijk zijn. De Groenlandse kayak kan dus best van de lijst worden afgevoerd, want die is inmiddels eigendom van een openbaar museum in De Rijp.²⁷ Maar dat geldt niet voor het portret van Jan Six, dat weliswaar op afspraak te bezichtigen valt, maar nog steeds eigendom is van de familie Six en dus ook weer aan het oog van het publiek onttrokken kan worden.

3. Juridische bescherming van cultureel erfgoed: exportverboden en restitutie

Dat brengt me dan op de vraag wat dat behoud van het nationale cultuurbezit eigenlijk inhoudt. Wat maakt het uit of het portret van Jan Six op de lijst van beschermde cultuurgoederen staat of niet? Wat is de praktische betekenis van al die internationale, Europese en nationale regelingen ter bescherming van het nationaal erfgoed?

In principe willen al die regelingen in de eerste plaats de *status quo* behouden. Ze willen dus voorkomen dat cultuurgoederen verdwijnen uit het land waar ze zich

²⁵ De lijst is ingedeeld in tien verschillende categorieën: I. Archeologie/wapenkunde; II. Beeldhouwkunst; III. Boeken/handschriften/manuscripten en muziek(geschiedenis); IV. Judaïca; V(I). Kunstnijverheid tot 1600; V(II). Kunstnijverheid vanaf 1600; VI (I). Schilderkunst tot 1800; VI(II). Schilderkunst vanaf 1800; VII. Etnologie; VIII. Natuurwetenschappen/techniek. Bij de herziening in 2001 is per voorwerp de oorspronkelijke redengeving voor plaatsing op de lijst afgedrukt, gevolgd door ‘opmerkingen’ en een ‘advies’ van de Raad voor Cultuur, waarin de redengeving al dan niet wordt bijgesteld of voorgesteld wordt het voorwerp van de lijst af te voeren.

²⁶ Bij de wetswijziging van 1995 (Stb. 145) werd de WBC aangepast aan de eisen van Richtlijn 93/7/EEG betreffende de teruggave van cultuurgoederen die op onrechtmatige wijze buiten het grondgebied van een Lid-Staat zijn gebracht (PbEG 27 maart 1993, L 74) en Verordening 3911/92 van de Raad van 9 december 1992 betreffende de uitvoer van cultuurgoederen (PbEG 31 december 1992, L 395), inmiddels vervangen door Verordening 116/2009, PbEU 10 februari 2009, L 39.

²⁷ Museum In 't Houten Huis (Museum voor het Schermereiland), De Rijp.

tegenwoordig bevinden. De nationale wetten ter bescherming van het nationaal erfgoed verbieden de uitvoer van een daartoe behorend voorwerp zonder voorafgaande toestemming van een overheidsinstantie.²⁸ Wordt die vergunning geweigerd, dan geldt dat in Nederland als een aanbod van de Staat om het werk aan te kopen voor een redelijke prijs.²⁹ Daarover kan al gauw onenigheid ontstaan, zoals gebleken is in 1998 bij de voorgenomen veiling van een schilderij van Cézanne dat jarenlang in Museum Boymans had gehangen, maar eigendom was van de dochter van de bekende verzamelaar Franz Koenigs. Omdat het op de WBC-lijst stond, kon de uitvoer naar New York alleen worden verhinderd als de Nederlandse overheid er een redelijke prijs voor zou betalen. De eigenaresse vroeg het door Sotheby's getaxeerde bedrag van 14,5 miljoen gulden, maar staatssecretaris Nuis vond 6,5 miljoen gulden meer dan genoeg. Uiteindelijk heeft de rechter drie deskundigen aangewezen die op een waarde van 15 miljoen gulden uitkwamen. Daarvoor had de staatssecretaris geen ruimte in zijn begroting, en dus moest de uitvoervergunning toch worden afgegeven. De zaak liep overigens nog goed af, omdat een vermogende particulier samen met de Vereniging Rembrandt het verlangde bedrag op tafel legde, en dus is het schilderij toch in Nederland gebleven.³⁰

Ook de Europese Verordening betreffende de uitvoer van cultuurgoederen koppelt de uitvoer van kunstvoorwerpen die zich binnen de EU bevinden naar een land buiten de EU aan een vergunning, die aan de buitengrenzen moet worden overgelegd.³¹ De Verordening bevat overigens geen bepalingen over de vraag of een lidstaat die weigert een vergunning af te geven zich in beginsel verplicht tot aankoop van het betrokken cultuurgoed. Dat wordt aan het nationale recht van de lidstaten overgelaten.

Tegenover de regels die zich richten op het behoud van het nationale c.q. Europese cultuurbezit – dat wil zeggen *behoud* van de status quo – staan de regelingen die juist een *herstel* van de status quo beogen. Hier gaat het om de teruggave van cultuurgoederen die onrechtmatig vanuit het ene land naar het andere zijn overgebracht. Met 'onrechtmatig' bedoelen we dan in de eerste plaats de overbrenging van *gestolen* goederen, maar in de tweede plaats ook de in- of export van cultuurgoederen zonder de

28 Zie o.a. art. L 111-2 Code du patrimoine (Frankrijk); art. 11 'Topstukkencreet' (Vlaanderen); § 1 (4) Gesetz zum Schutz deutschen Kulturgutes gegen Abwanderung (Duitsland). In Nederland valt de export van cultureel erfgoed in particulier bezit onder art. 7 lid 3 jo. art. 7 lid 1 WBC. Art. 14a WBC gaat over de export van voorwerpen in museale of kerkelijke collecties, terwijl art. 14b WBC de export betreft van voorwerpen die voldoen aan de criteria van Verordening 116/2009 naar landen buiten de EU.

29 Art. 10 WBC: indien de minister bedenkingen heeft aangevoerd tegen (a) vervreemding van het voorwerp, of (b) tegen toedeling daarvan aan een niet-ingezetene, of (c) tegen verplaatsing daarvan naar de buiten Nederland gelegen vaste woonplaats van de eigenaar, geldt dit 'als aanbod van de Staat tot aankoop op de in artikel 12 geregelde wijze van het beschermd voorwerp door de Staat'. Een soortgelijk recht van voorkoop bestaat in Vlaanderen en Frankrijk. In Duitsland geldt slechts een recht op een 'billige Ausgleich' indien de eigenaar zich 'infolge einer wirtschaftlichen Notlage' tot verkoop in het buitenland genoodzaakt ziet.

30 <www.google.nl> → Cézanne + Boymans + Nuis; zie ook de Volkskrant d.d. 28 februari 1998.

31 Art. 2 Verordening 116/2009. In bijlage I bij de verordening wordt een opsomming gegeven van categorieën cultuurgoederen waarvoor de vergunningsplicht geldt en welke waardedrempels daarbij worden gehanteerd. Zo kan een schilderij dat minder waard is dan € 150.000, zonder vergunning naar een land buiten de EU worden geëxporteerd.

vereiste vergunning. Om teruggave te bewerkstelligen is internationale samenwerking noodzakelijk en daarin voorzien twee bovenstatelijke regelingen: in de eerste plaats de Europese Richtlijn van 1993 voor intercommunautaire gevallen³² en in de tweede plaats het UNESCO-verdrag van 1970.³³

Het UNESCO-verdrag heeft geen rechtstreekse werking, maar is in Nederland geïmplementeerd bij de Uitvoeringswet van 12 juni 2009.³⁴ Bij die wet zijn als 'Nederlandse cultuurgoederen' aangewezen alle voorwerpen die op de WBC-lijst staan plus alle voorwerpen die zich in openbare en kerkelijke collecties in Nederland bevinden.³⁵ Verder bevat de wet een verbod op de invoer in Nederland van cultuurgoederen die in een andere verdragsluitende staat zijn gestolen of in strijd met de nationale wetgeving van die staat naar een ander land zijn overgebracht. Gebeurt dat toch, dan werkt Nederland mee aan de teruggave daarvan.³⁶ Overigens geldt deze regeling alleen voor zaken die na de inwerkingtreding van de uitvoeringswet, op 1 juli 2009, het land van oorsprong hebben verlaten.³⁷

Je zou zeggen dat de bescherming van het nationaal cultuurbezit hiermee prima geregeld is, in ieder geval voor de toekomst. De Elgin marbles kunnen weliswaar noch op grond van het UNESCO-verdrag, noch op grond van de Europese Richtlijn door Griekenland worden geclaimd, maar sinds de inwerkingtreding van die twee regelingen kan het nationaal erfgoed van vrijwel alle staten ter wereld vrij effectief³⁸ worden beschermd tegen ongeoorloofde export. Bij het UNESCO-verdrag zijn inmiddels 125 staten aangesloten,³⁹ terwijl de Europese regelingen niet alleen gelden voor alle EU-lidstaten maar ook voor de Europese Economische Ruimte, derhalve mede voor Noorwegen, IJsland en Liechtenstein.

32 Richtlijn 93/7/EEG van de Raad van 15 maart 1993 betreffende de teruggave van cultuurgoederen die op onrechtmatige wijze buiten het grondgebied van een Lid-Staat zijn gebracht, PbEG 1993, L 74.

33 Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Cultural Property, Parijs 14 november 1970. Er is nog een ander verdrag op dit terrein dat aanzienlijk ruimer van opzet is dan het UNESCO-verdrag en wellicht om die reden minder succes heeft bij de 'market countries' dan bij de 'source countries' (zie hierna). Het UNIDROIT-Verdrag inzake gestolen of onrechtmatig uitgevoerde cultuurgoederen' (Rome 24 juni 1995, Trb. 1996, 227; Trb. 2007, 46) werd tot nu toe (stand van zaken januari 2014) door 35 staten goedgekeurd, waaronder 11 EU-lidstaten: Finland, Griekenland, Hongarije, Italië, Litouwen, Portugal, Roemenië, Slowakije, Slovenië, Spanje en Zweden. Ratificatie door Nederland valt niet te verwachten.

34 Uitvoeringswet van 12 juni 2009, Stb. 2009, 255; i.w.tr. 17 juni 2009.

35 In art. 2 Uitvoeringswet worden 'als cultuurgoederen voor Nederland' de 'beschermden voorwerpen bedoeld in art. 1 sub a WBC' en de 'roerende zaken bedoeld in art. 14a WBC' aangewezen.

36 Art. 3 Uitvoeringswet verbiedt de invoer in Nederland van cultuurgoederen die onrechtmatig buiten het grondgebied van een verdragsstaat zijn gebracht of in een verdragsstaat zijn ontvreemd. De verplichting tot teruggave wordt bestreken door art. 4 Uitvoeringswet jo. art. 101ra tot en met 101rd Rv.

37 Art. 13 Uitvoeringswet.

38 De effectiviteit van de bestaande internationale regelgeving wordt overigens sterk in twijfel getrokken door E.A. Posner, 'The International Protection of Cultural Property: Some Skeptical Remarks', *Chicago Journal of International Law* 2007, 8, p. 213-231.

39 Stand van zaken januari 2014. Van de EU-lidstaten ontbreken tot nu toe nog: Ierland, Letland, Luxemburg en Malta.

4. Nationalisme v. universalisme

Toch knaagt er bij mij enige twijfel over het uitgangspunt van al deze regelingen. Die zijn namelijk zonder uitzondering gebaseerd op de gedachte, enerzijds, dat nationaal cultuurbezit behouden moet blijven voor het land waar de voorwerpen die tot dat cultuurbezit gerekend worden zich bevinden, en anderzijds dat cultuurgoederen die zonder toestemming van de nationale autoriteiten naar het buitenland zijn verdwenen, moeten terugkeren naar het land van herkomst. Deze nationalistische benadering van het begrip cultuurbezit wordt weerspiegeld in een aantal bepalingen van het UNESCO-verdrag van 1970, met name in artikel 4, waarin het begrip nationaal cultuurbezit ('the cultural heritage of each State')⁴⁰ wordt omschreven, en in artikel 13 dat staten het recht geeft de vervreemding van bepaalde cultuurgoederen te verbieden.⁴¹

Als ik me beperk tot de omschrijving van artikel 4, dan valt op dat daarin enerzijds cultuurgoederen genoemd worden die een zekere band met de betrokken staat vertonen, bijvoorbeeld omdat zij in die staat zijn gevonden, opgegraven of vervaardigd, maar anderzijds ook cultuurgoederen die heel ergens anders vandaan komen en eigenlijk niets te maken hebben met de geschiedenis of de cultuur van de staat waar ze zich thans bevinden. Anders gezegd: er wordt zowel verwezen naar 'eigen cultuurgoederen', waartoe in Nederland de Nachtwacht of een bij Jutphaas opgegraven prehistorisch zwaard⁴² behoren, maar ook naar buitenlandse cultuurgoederen die min of meer bij toeval in een ander land terecht zijn gekomen, zoals in Nederland het schilderij van Cézanne uit de Koenigs-collectie of de Triptiek van de Belgische kunstenaar Vantongerloo. In Engeland vallen de Elgin Marbles onder die omschrijving, en in Frankrijk de Mona Lisa.⁴³ In dat opzicht legt artikel 4 een opmerkelijke tegenstelling bloot, waar het mij in deze voordracht eigenlijk om te doen is: het

40 Article 4: The States Parties to this Convention recognize that for the purpose of the Convention property which belongs to the following categories forms part of the cultural heritage of each State: (a) cultural property created by the individual or collective genius of nationals of the State concerned, and cultural property of importance to the State concerned created within the territory of that State by foreign nationals or stateless persons resident within such territory; (b) cultural property found within the national territory; (c) cultural property acquired by archaeological, ethnological or natural science missions, with the consent of the competent authorities of the country of origin of such property; (d) cultural property which has been the subject of a freely agreed exchange; (e) cultural property received as a gift or purchased legally with the consent of the competent authorities of the country of origin of such property.

41 Article 13: The States Parties to this Convention also undertake, consistent with the laws of each State: (d) to recognize the indefeasible right of each State Party to this Convention to classify and declare certain cultural property as inalienable which should therefore ipso facto not be exported, and to facilitate recovery of such property by the State concerned in cases where it has been exported.

42 <http://nl.wikipedia.org/wiki/Zwaard_van_Jutphaas>; zie ook de WBC-lijst, p. 13.

43 Leonardo da Vinci zou in 1503 in Florence begonnen zijn aan dit portret van de echtgenote van de Florentijn Francesco del Giocondo en het in 1516 in Frankrijk hebben afgemaakt. Na zijn dood in 1519 werd het schilderij aangekocht door de Franse koning François I, waarna het steeds in Frankrijk gebleven is. In 1911 werd het uit het Louvre gestolen door een Italiaanse patriot, die vond dat het in Italië thuishoorde. Twee jaar later kon de dief worden aangehouden en sindsdien bevindt het schilderij zich weer in het Louvre.

verschil tussen de nationalistische opvatting van het begrip ‘cultural heritage’ en de internationalistische of universele opvatting.⁴⁴

In artikel 4 worden de volgende categorieën cultuurgoederen erkend als behorend tot het cultureel erfgoed van iedere verdragsluitende staat. Dat zijn in de eerste plaats cultuurgoederen die:

- zijn voortgebracht door de individuele of collectieve scheppingskracht van onderdanen van de betrokken staat, of
- van belang zijn voor de betrokken staat en zijn voortgebracht op het grondgebied van die staat door een onderdaan van een andere staat of door staatlozen die binnen dat grondgebied verblijven, en voorts
- cultuurgoederen die gevonden zijn binnen het nationale grondgebied.⁴⁵

Hier wordt dus een link verlangd tussen een cultuurgoed en de betrokken staat. Voor Nederland is dat bijvoorbeeld een verzameling fossielen die in Salland zijn gevonden⁴⁶ of het zojuist genoemde Zwaard van Jutphaas, en verder niet alleen werken van Nederlandse kunstenaars zoals Rembrandt of Isaac Israëls, maar ook een gezicht op de molens bij Zaandam, geschilderd door Monet tijdens een verblijf in Nederland.⁴⁷

Maar artikel 4 gaat verder. Tot het nationaal cultuurbezit mogen ook cultuurgoederen worden gerekend die op zichzelf niets te maken hebben met de staat waar ze zich bevinden, maar die rechtmatig in dat land terecht gekomen zijn. Hier gaat het om kunstvoorwerpen die

- met toestemming van de autoriteiten van het land van herkomst zijn verworven door archeologische, etnologische of natuurwetenschappelijke onderzoeksteams; of
- het voorwerp zijn geweest van een vrijwillig overeengekomen uitwisseling met het land van herkomst, of
- met toestemming van de autoriteiten van het land van herkomst zijn geschonken of aangekocht.

Dit betekent dus dat Duitsland het altaar van Pergamon tot het Duitse cultuurbezit mag blijven rekenen, omdat het ontdekt is door een Duitse archeologische expeditie en met toestemming van de Turkse autoriteiten in 1901 naar een speciaal daarvoor

44 Vgl. het baanbrekende artikel van J.H. Merryman, ‘Two Ways of Thinking About Cultural Property’, *American Journal of International Law* 1986, p. 831-853: ‘One way of thinking about cultural property ... is as components of a common human culture, independent of property rights or national jurisdiction ... Another way of thinking about cultural property is as part of a national cultural heritage. This gives nations a special interest, implies the attribution of national character to objects, independently of their location or ownership, and legitimizes national export controls and demands for the “repatriation” of cultural property.’

45 Mijn curs., dB.

46 Collectie Staring, omvattende steenmonsters, grondmonsters en fossielen uit de bodem van Salland en Twente, WBC-lijst, p. 289.

47 ‘Molens in het Westzijderveld bij Zaandam’, 1871, Van Gogh Museum, Amsterdam.

gebouwd museum in Berlijn is overgebracht.⁴⁸ Het betekent ook dat Rusland een groot aantal Vlaamse en Nederlandse meesters tot het Russische cultuurbezit mag blijven rekenen, omdat die legaal zijn aangekocht door Catharina de Grote.

In artikel 4 tekent zich een controverse af die dateert van de jaren zestig en zeventig van de vorige eeuw, en samenhangt met de toen actueel geworden tegenstelling tussen de oude wereld van het westerse kapitalisme en de nieuwe wereld van de dekolonisatie. Tot die nieuwe wereld behoorden veel landen met een buitengewoon rijk cultuurbezit, dat in de loop der tijd voor een groot deel was verdwenen naar verzamelaars en musea in rijke landen. Dat gold met name voor de landen van Midden- en Zuid-Amerika, Afrika en het Midden-Oosten. Behoud en teruggave van hun nationaal erfgoed zagen zij als een attribuut van hun pas verworven soevereiniteit en een bevestiging van hun nationale identiteit. In de literatuur over dit onderwerp worden zij wel aangeduid als 'source countries', landen waar cultuurgoederen vandaan komen, tegenover 'market countries', de landen waar die cultuurgoederen terecht zijn gekomen bij musea en verzamelaars.⁴⁹ Je zou ook kunnen spreken van exportlanden en importlanden, landen die cultuurgoederen voorhanden hebben tegenover de landen waar die goederen kunnen worden afgezet.

Source countries maken zich sterk voor de teruggave van hun oorspronkelijke cultuurbezit, terwijl *market countries* de uit andere landen afkomstige cultuurgoederen juist willen behouden. De nationalistische visie op cultureel erfgoed wordt dus met name gepropageerd door *source countries*, terwijl de *market countries* zich op het standpunt stellen dat cultureel erfgoed niet toebehoort aan een bepaald land maar gezien moet worden als de 'common heritage of mankind'. Voor die internationalistische visie is steun te vinden in het UNESCO-verdrag van 1954 ter bescherming van cultuurgoederen in geval van gewapend conflict.⁵⁰ Het uitgangspunt van dat verdrag is dat schade die wordt toegebracht aan culturele goederen, ongeacht van welk volk, schade betekent aan het cultureel erfgoed van de mensheid als geheel en dat het bewaren daarvan alle volken ten goede komt.⁵¹ Het UNESCO-verdrag van 1970 is juist gericht op behoud en teruggave van het nationale cultuurbezit, en dat geldt ook voor de Europese regelingen op dit terrein. Wat we hebben, moeten we houden en wat we kwijt zijn, moeten we zien terug te krijgen. Die opvatting is momenteel

48 Het altaar werd in de eerste helft van de 2e eeuw v. Chr. gebouwd in Pergamon, een stad in Klein-Azië (het huidige Bergama in Turkije). Tussen 1878 en 1886 werden ter plaatse met toestemming en medewerking van de Ottomaanse autoriteiten opgravingen gedaan onder leiding van de Duitser Carl Humann. Op grond van een overeenkomst tussen Duitsland en het Ottomaanse rijk werd het altaar naar Berlijn overgebracht, waar het permanent geëxposeerd zou worden in een speciaal voor dat doel gebouwd en in 1901 geopend museum. Het huidige Pergamon Museum werd gebouwd tussen 1910 en 1930.

49 Merryman 1986, p. 832 e.v.; zie ook B.T. Hoffman, 'Introduction to Parts II and III: Cultural Rights, Cultural Property, and International Trade', in: *Art and Cultural Heritage: Law, Policy and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press 2006, p. 89 e.v.

50 Merryman 1986, p. 833 e.v.

51 Vgl. de preambule van het verdrag: 'Ervan overtuigd, dat schade, toegebracht aan culturele goederen, ongeacht aan welk volk zij toebehoren, schade berokkent aan het culturele erfdeel van de gehele mensheid, aangezien ieder volk zijn bijdrage levert aan de wereldcultuur; Overwegende, dat de instandhouding van het culturele erfdeel van groot belang is voor alle volken der wereld en dat het van belang is, dit erfdeel internationaal te beschermen'.

overheersend, zelfs in importlanden als de Verenigde Staten en West-Europa, die intussen allemaal tot het verdrag van 1970 zijn toegetreden en dus bereid zijn om mee te werken aan de teruggave van cultuurgoederen aan het land van herkomst.

Dat klinkt allemaal heel sympathiek, maar intussen kan wel de vraag gesteld worden of die nadruk op cultureel nationalisme nog wel past in deze tijd. Er zijn namelijk nogal wat argumenten die pleiten voor een wat meer internationalistische visie. In de eerste plaats moet bedacht worden dat ieder land geheel vrij is om zelf te bepalen wat tot zijn nationaal cultuurbezit behoort en wat niet, en dus ook wanneer er sprake is van onrechtmatige export.⁵² In sommige *source countries* heeft dat geleid tot een uitvoerverbod dat geldt voor hele categorieën cultuurgoederen, zoals met name archeologische vondsten, ook al hebben die geen bijzondere of toegevoegde waarde voor het betrokken land.⁵³ Daar komt bij dat die voorwerpen in veel gevallen verdwijnen in ongedocumenteerde en ontoegankelijke collecties, terwijl zij anders zouden kunnen worden verworven door musea in andere landen, waar zij wel geëxposeerd en nader onderzocht zouden kunnen worden.

Een tweede argument dat pleit tegen de nationalistische opvatting hangt hier nauw mee samen. In veel *source countries* ontbreken zowel de financiële middelen als de expertise om het nationale cultuurbezit adequaat te restaureren, te conserveren of zelfs maar te beschermen tegen diefstal of vandalisme.⁵⁴ Dan rijst de vraag of de teloorgang van cultureel erfgoed voor lief genomen moet worden uit respect voor het nationale zelfbewustzijn van de staat van herkomst, of dat we het behoud van de *common heritage of mankind* zwaarder moeten laten wegen dan nationale belangen. In het laatste geval is het teruggeven van cultuurgoederen aan het land van herkomst misschien toch niet zo'n goed idee.

In de derde plaats valt er nogal wat af te dingen op de claims die staten kunnen leggen op hun nationaal cultuurbezit, al was het maar omdat de huidige landsgrenzen in vroeger tijden niet bestonden of heel anders liepen dan nu.⁵⁵ De Maya's woonden niet alleen in het zuiden van het tegenwoordige Mexico, maar ook in Guatemala, Belize, El Salvador en Honduras. Dat een voorwerp uit de Maya-cultuur gevonden of opgegraven wordt in Belize of Guatemala, zegt dus niet veel over zijn betekenis voor de nationale identiteit van die staten. Dat geldt voor vrijwel alle archeologische en etnologische artefacten, en toch worden die in het UNESCO-verdrag van 1970

⁵² Vgl. art. 13 sub d UNESCO-verdrag.

⁵³ Merryman 1986, p. 844, geeft het voorbeeld van een Guatemalteeks verbod op de uitvoer van alle pre-Columbiaanse voorwerpen, ongeacht hun relatie met Guatemala. Daarmee is deze export in zijn geheel onder het begrip 'onrechtmatige uitvoer' van het UNESCO-verdrag van 1970 gebracht.

⁵⁴ Merryman 1986, p. 846. Zie echter I.A. Stamatoudi, *Cultural Property Law and Restitution: A Commentary to International Conventions and European Union Law*, Cheltenham (UK): Edward Elgar Publishing Ltd. 2011, p. 29, die betoogt – mijns inziens niet zeer overtuigend – dat dit argument ook gebruikt kan worden om behoud van een voorwerp in zijn 'original context' te rechtvaardigen. De rijke landen zouden dan wel de daartoe benodigde financiële middelen moeten fourneren.

⁵⁵ Vgl. Posner 2008, p. 223: 'Iraqis today have little in common with the people who lived in Mesopotamia thousands of years ago. Much the same can be said about the people living in Greece, Italy, and India.'

specifiek genoemd als behorend tot het nationaal cultuurbezit van de staat waar ze gevonden zijn, ook al is die pas veel later ontstaan.

Tegen de nationalistische visie op het begrip cultuurgoederen pleit voorts de toenemende globalisering en de afnemende betekenis van de natiestaat. Dit argument heeft verschillende facetten, waarvan ik er kortheidshalve twee zal noemen. In de eerste plaats: in een wereld waarin nationale grenzen vervagen doet het er niet zoveel toe of kunstvoorwerpen in het ene of in het andere land worden bewaard, onderzocht of geëxposeerd. Als reden waarom Nederland zijn deel van de VOC-schat aan Australië heeft afgestaan, werd onder meer aangevoerd dat de te restitueren objecten uitvoerig gedocumenteerd en gefotografeerd waren.⁵⁶ Wie er iets over wil weten, hoeft dus niet naar Australië te reizen om de voorwerpen daar te bekijken, maar kan gebruik maken van de uitgebreide documentatie die in Nederland voorhanden is. Dat is misschien niet helemaal hetzelfde als een bezichtiging van het origineel, maar met een goede reproductie kom je toch een heel eind.⁵⁷ En anders nemen we het vliegtuig naar Australië, een mogelijkheid die er vroeger natuurlijk niet of nauwelijks was. Kortom, de plaats waar cultuurgoederen zich bevinden, is veel minder dan vroeger bepalend voor de mogelijkheid om ze te bekijken of te bestuderen.

Globalisering doet ook de verschillen tussen nationale culturen steeds verder vervagen. Dat is het andere facet dat ik zou willen noemen. Waar de kunstuitingen van verschillende volkeren ooit kenmerkende verschillen vertoonden,⁵⁸ kan dat van de moderne kunst allang niet meer worden gezegd. De stijlkenmerken van Picasso zijn totaal anders dan die van Max Ernst maar dat heeft niets te maken met het feit dat de ene artiest een Spanjaard was en de andere een Duitser. Marlene Dumas is net zomin een typisch Nederlandse als een typisch Zuid-Afrikaanse kunstenaar, ook al werkt zij in Nederland en heeft zij de Zuid-Afrikaanse nationaliteit. Beeldende kunst is universeel en zegt niets over nationale identiteit. Daarom vind ik het ook onjuist dat staten het werk van een beeldend kunstenaar die zij als onderdaan of ingezetene beschouwen, tot hun nationaal cultuurbezit mogen rekenen, zoals in het UNESCO-verdrag is bepaald. Wij hebben niet méér recht op het werk van Van Gogh of Mondriaan of Willem de Kooning dan andere landen, alleen omdat zij (oorspronkelijk) de Nederlandse nationaliteit bezaten. Net zo min kan hun werk worden geclaimd als behorend tot het nationaal erfgoed van de landen waar zij gewoond en gewerkt hebben, en ook niet van het land waar de huidige eigenaar is gevestigd.

⁵⁶ Persbericht Rijksdienst voor het Cultureel Erfgoed.

⁵⁷ Een 'stand-in' voor het origineel wordt vaak hoog gewaardeerd door het publiek, zoals bijvoorbeeld te zien valt in Athene (de karyatiden van het Erechtheion), in Florence (Michelangelo's David op de Piazza della Signoria) of in de Dordogne (de grotten van 'Lascaux II'). De originelen zijn in het geheel niet of alleen in een museum te bezichtigen.

⁵⁸ Tijdens mijn voordracht liet ik hier plaatjes zien van een miniatuur uit een Duits getijdenboek, een zilveren figuurtje uit de Peruviaanse Chimucultuur en een op zijde geschilderde Boeddha uit Japan, alle drie vervaardigd in de tweede helft van de 14e eeuw. De stijlverschillen laten geen enkele twijfel bestaan over de globale herkomst van ieder voorwerp.

5. Afronding

Zowel voor de nationalistische als de internationalistische visie op cultuurbezit valt wel wat te zeggen. De waarheid ligt waarschijnlijk in het midden. Dat wordt in de praktijk ook wel beseft, zoals blijkt uit het feit dat er betrekkelijk zelden geprocedeerd wordt over de teruggave van cultuurgoederen die zich buiten het grondgebied van het land van herkomst bevinden. In veel gevallen wordt een compromis gevonden, bijvoorbeeld via een bruikleenconstructie waarbij het betwiste cultuurgoed kan blijven waar het is, terwijl anderzijds de eigendomsrechten van het land van herkomst worden erkend. Als puntje bij paaltje komt, dan voel ik meer voor de internationalistische opvatting dan voor cultureel chauvinisme. Ik heb niets tegen regelgeving die de teruggave van *gestolen* cultuurgoederen wil bevorderen en ook niet tegen overheidsbemoeienis als het gaat om het behoud van het *openbaar* kunstbezit. Maar het gaat mij te ver als kunstvoorwerpen die zich in particuliere handen bevinden de status van nationaal erfgoed wordt toebedeeld – met alle beperkingen van dien voor de eigenaar – als daarvoor geen andere grond bestaat dan dat de maker onderdaan of ingezetene van de betrokken staat is of was. Nog erger wordt het als zelfs die link ontbreekt en een kunstwerk voor het nationaal cultuurbezit wordt geclaimd op de enkele grond dat het zich al lange tijd in het betrokken land bevindt, zoals het geval was bij de Cézanne uit de Koenigs-collectie. Het kunsthistorische belang wordt hier vereenzelvigd met het nationaal belang,⁵⁹ en dat lijkt mij alleen te rechtvaardigen als het gaat om staatseigendom, niet om cultuurgoederen die zich in particuliere collecties bevinden.

59 Het teruggeven c.q. terugvragen van cultuurgoederen is dan ook geen culturele maar een politieke kwestie; vgl. J.H. Merryman, 'The Public Interest in Cultural Property', *California L. Rev.* 1989, p. 339-364, p. 351: 'The current movement for repatriation of cultural property to source nations probably derives most of its power from politics, although other terms are normally used in the public discussion. The very term "repatriation" is political; it assumes that cultural objects have a patria, a national character and a national homeland.'

8 Recht en literatuur

De algemene verhalen van het burgerlijk recht

Hans Nieuwenhuis*

I. Regel en geval

Wat is een onrechtmatige daad? Nu, dat is bijvoorbeeld het geval wanneer Cohen personeelsleden van zijn concurrent Lindenbaum omkoopt en hen ertoe aanzet de bedrijfsgeheimen van hun werkgever te verraden, of wanneer Sjouwerman in café De Munt in Amsterdam een kelderluik laat openstaan met het gevolg dat Duchateau in het keldergat tuimelt en een been breekt, of wanneer personeel van het Dorpshuis in Kamerik een plastic emmertje met een onbekende vloeistof op de stoep zet en De Rijk, een vuilnisophaler, wordt getroffen door een straal natronloog en daardoor aan één oog blind wordt.

Ja, maar dit zijn voorbeelden; is er niet een rechtsregel die bepaalt wat een onrechtmatige daad is? Welzeker, artikel 6:162 lid 2 BW:

‘Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.’

Burgerlijk recht bestaat uit regels. De wet regelt het burgerlijk recht in een algemeen wetboek, aldus de Grondwet (art. 107). ‘Regelen’ betekent hier ‘vastleggen in rechtsregels’ en niet regelen in de zin van het dagelijks spraakgebruik (‘Wilma, regel jij even een taxi naar Schiphol’). Nu bestaat het burgerlijk recht niet slechts uit het Burgerlijk Wetboek, maar ook uit arresten van de Hoge Raad, zoals het arrest in de zaak van het openstaande kelderluik. De rechtbank had de door Duchateau ingestelde vordering tot vergoeding van zijn schade afgewezen, omdat ‘alleen de uiterste onoplettendheid en zorgeloosheid bij Duchateau er de oorzaak van heeft kunnen zijn dat hij in het keldergat is gestapt.’ Het hof was het niet eens met de opvatting van de rechtbank dat uitsluitend de onoplettendheid van Duchateau de oorzaak is geweest van diens val in het keldergat en was van mening dat Sjouwerman met eenvoudige middelen (stoelen) de toegang tot het keldergat had kunnen barricaderen. Het hof, ‘de schuld van Duchateau en Sjouwerman tegen elkaar afwegende, (was)

* Prof. mr. J.H. Nieuwenhuis is hoogleraar Rechtsgeschiedenis aan de Rijksuniversiteit Groningen (j.h.nieuwenhuis@law.leidenuniv.nl).

van oordeel dat ieder van hen voor de helft aansprakelijk is voor het ongeval.’ De Hoge Raad verwierp het hiertegen gerichte cassatieberoep en formuleerde een algemene regel voor beantwoording van de vraag wanneer het veroorzaken van gevaar voor anderen een onrechtmatige daad oplevert:

‘Daarbij dient te worden gelet niet alleen op de mate van waarschijnlijkheid waarmee de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid kan worden verwacht, maar ook op de hoegrootheid van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan, op de ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben en de mate van bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen.’¹

Waaruit bestaat het blijvend belang van het kelderluikarrest? Toch wel uitsluitend in de zojuist geciteerde rechtsoverweging, die aanwijzingen bevat voor beantwoording van de vraag wanneer het veroorzaken van gevaar voor anderen in strijd is met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt en uit dien hoofde onrechtmatig is. Waarom de rechtenstudent lastig vallen met de feiten, de avonturen van Duchateau uit Maastricht, die in een Amsterdams café, in de woorden van advocaat-generaal Van Oosten ‘hoognodig zijn gevoeg moest doen’ en die, met enige spoed op weg naar een deur voorzien van de hoofdletter H, in een keldergat stortte? Wat is de toegevoegde waarde van de advocaat en de rechter die niet slechts de kelderluikcriteria (hoegrootheid van de kans op ongevallen e.d.) kennen, maar ook in 2014 nog de herinnering bewaren aan dit onfortuinlijke incident in het Amsterdams caféleven van de jaren zestig van de vorige eeuw?

In de *Common Law*, een rechtstelsel waarin het recht niet, althans niet in hoofdzaak, is neergelegd in een reeks wettelijke bepalingen, is het verhaal een onmisbaar bestanddeel van het burgerlijk recht. Engels burgerlijk recht is vooral *Case Law*, een feuilleton, een vervolgverhaal waarin ieder nieuw hoofdstuk voortbouwt op de vorige hoofdstukken. In de zaak *Donoghue v Stevenson* had mevrouw Donoghue aangevoerd dat zij ernstige maagklachten had overgehouden aan het drinken van een flesje *ginger ale* geproduceerd door Stevenson. Het flesje bevatte naar haar zeggen niet slechts *ginger ale* maar ook het stoffelijk overschot van een overleden slak. Rustte op Stevenson een *duty of care* jegens mevrouw Donoghue, ondanks het ontbreken van een contractuele relatie tussen hen beiden?

Lord Atkin zocht aansluiting bij een vorige episode in het verhaal van de spectaculaire opkomst van *Negligence* als hoofdrolspeler in het Engelse buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht: *Heaven v Pender*. Ten behoeve van werkzaamheden aan een schip had Pender, eigenaar van een droogdok, steigermateriaal ter beschikking gesteld. Heaven, die in dienst van een *independent contractor* de werkzaamheden verrichtte, raakte gewond toen het steigermateriaal ondeugdelijk bleek. Hoewel een contractuele relatie tussen hen beiden ontbrak, had Pender toch een jegens Heaven bestaande *duty of care* geschonden. Hierop voortbouwend formuleert Lord Atkin in *Donoghue v Stevenson* zijn *Neighbour principle*, een wichelroede voor het ontdekken van de aanwezigheid van een *duty of care*:

1

‘You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who then in law is my neighbour? The answer seems to be persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question.’

Eerst slaat Lord Atkin een brug tussen recht en moraal:

‘The liability for negligence whether you style it such or treat it as in other systems as a species of “culpa,” is no doubt based upon a general public sentiment of moral wrongdoing for which the offender must pay.’

Schuld en boete; *a general public sentiment of moral wrongdoing* als grondslag voor de aansprakelijkheid wegens *negligence*. In ons land berust de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, bestaande in een doen of laten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, op een vergelijkbaar maatschappelijk gevoel van moreel wangedrag. Sjouwerman treft verwijt; ondanks het ontbreken van wettelijke voorschriften met betrekking tot het openen en sluiten van kelderluiken in horecagelegenheden, had hij op zijn vingers kunnen natellen dat hij wegens de gevaren voor cafébezoekers het keldergat deugdelijk had moeten barricaderen.

2. Rechtsvinding als rekensom

De door de Hoge Raad gekozen formulering lijkt te suggereren dat Sjouwerman vooral een gebrek aan rekenvaardigheid wordt verweten. Hij heeft de verhouding tussen de (hoge) kans op ongevallen en de (geringe) bezwaarlijkheid van adequate veiligheidsmaatregelen foutief berekend.



Sitting Bull



Learned Hand

In een beroemd vonnis van de Amerikaanse rechter Learned Hand, anders dan Sitting Bull geen Indiaan, wordt de aansprakelijkheid van de eigenaar van een op drift geraakt schip in een zuiver rekenkundige vorm gegoten:

‘Since there are occasions when every vessel will break away from her moorings, and, since, if she does, she becomes a menace to those about her, the owner’s duty, as in other similar situations, to provide against resulting injuries is a function of three variables: (1) The probability that she will break away; (2) the gravity of the resulting injury, if she does; (3) the burden of adequate precautions. Possibly it serves to bring this notion into relief to state it in algebraic terms: if the probability be called P ; the injury L ; and the burden B ; liability depends upon whether B is less than L multiplied by P ; i.e., whether B (is less than) PL .²

De eigenaar van het op drift geraakte schip is aansprakelijk indien de kosten van preventie van de schade (K_p) lager zijn dan de omvang van de schade (O_s) vermenigvuldigd met de waarschijnlijkheid van de schade (W_s). Kortom, indien $K_p < W_s \times O_s$.³

Het vermogen tot abstractie is een belangrijke stap voorwaarts in de geestelijke ontwikkeling van de *Homo Sapiens*: van het inzicht dat zeven appels en vijf peren samen twaalf stuks fruit opleveren naar begrip van getallen, louter kwantitatieve entiteiten die geen enkele verwijzing bevatten naar iets buiten hen: $7+5 = 12$. Lees de Engelse filosoof en wiskundige Alfred North Whitehead:

²

³

‘The first man who noticed the analogy between a group of seven fishes and a group of seven days made a notable advance in the history of thought. He was the first man who entertained a concept belonging to the science of pure mathematics.’⁴

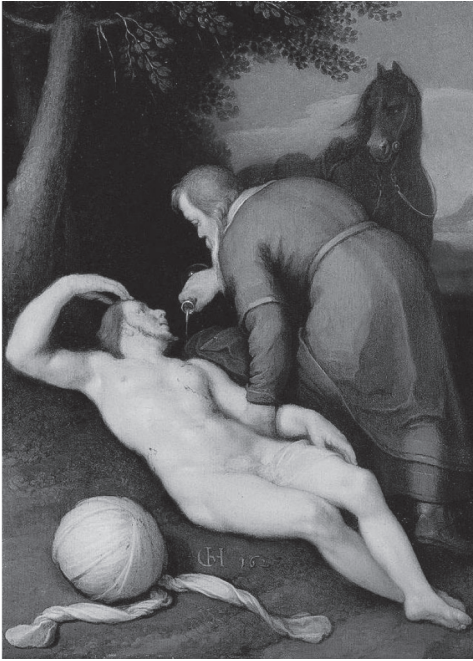
Abstractie kenmerkt ook de ontwikkeling van de rechtsgeleerdheid: wat hebben uiteenlopende maatschappelijke activiteiten als een fiets kopen, een huis huren, geld lenen gemeen? Inderdaad, in alle gevallen is sprake van een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard. Met behulp van het begrip ‘rechtshandeling’, dat is losgemaakt van concrete maatschappelijke bedrijvigheden als kopen, huren en geld lenen, kan het burgerlijk recht op een efficiënte wijze worden ‘geregeld’ in een burgerlijk wetboek. Het rechtsgevolg van misbruik van omstandigheden voor de geldigheid van de koop, de huurovereenkomst en de overeenkomst van geldlening hoeft niet driemaal te worden geregeld, voor elk van deze drie rechtsfiguren afzonderlijk, maar slechts eenmaal, door deze activiteiten onder één noemer te brengen: rechtshandeling.

In deze trant schreef Meijers ‘De algemene begrippen van het burgerlijk recht’ waarin het burgerlijk recht wordt ‘geclassificeerd’ door samenvoeging van een groep verschijnselen onder één begrip.⁵ De Staat der Nederlanden, Royal Philips Electronics en de stichting Diogenes Leiden worden samengevoegd onder één begrip: rechtspersoon.

3. Algemene verhalen

Kent het burgerlijk recht naast algemene begrippen ook algemene verhalen? Ter beantwoording van de vraag of sprake is van strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, komt het erop aan in de kleine verhalen van Lindenbaum en Cohen, Sjouwerman en Duchateau, personeel van het Dorpshuis in Kamerik en De Rijk een groot verhaal te laten oplichten. Op de achtergrond van de *petite histoire* van mevrouw Donoghue en haar schokkende confrontatie met het stoffelijk overschot van een slak in het flesje *ginger ale* van Stevenson projecteert Lord Atkin een groot verhaal: de Barmhartige Samaritaan.

4
5



De Barmhartige Samaritaan, Cornelis van Haarlem 1627

Jegens wie hebben wij een *duty of care*? Lord Atkin laat zijn antwoord voorafgaan door verwijzing naar een zekere *lawyer*: ‘The rule that you are to love your neighbour becomes in law you must not injure your neighbour; and the lawyer’s question “Who is my neighbour?” receives a restricted reply.’

Deze *lawyer* is geen willekeurige jurist die een vraag van *burendrecht* aan de orde stelt, maar de wetgeleerde uit het evangelie volgens Lucas (10:25) die een poging waagt om Jezus in het nauw te drijven met de vraag: wie is mijn naaste die ik moet liefhebben als mijzelf? Jezus antwoordt niet met een opsomming: familie (tot en met de vierde graad), vrienden, landgenoten, vreemdelingen.... Jezus maakt gebruik van een parabel:

‘Er was eens iemand die van Jeruzalem naar Jericho reisde en onderweg werd overvallen door rovers, die hem zijn kleren uittrokken, hem mishandelden en hem daarna halfdood achterlieten. Toevallig kwam er een priester langs, maar toen hij het slachtoffer zag liggen, liep hij met een boog om hem heen. Er kwam ook een Leviet langs, maar bij het zien van het slachtoffer liep ook hij met een boog om hem heen. Een Samaritaan echter, die op reis was, kreeg medelijden toen hij hem zag liggen. Hij ging naar de gewonde man toe, goot olie en wijn over zijn wonden en verbond ze.’

De wetgeleerde (*nomikos* in het Griekse origineel) was niet een man, bedreven in het geldende recht van Judea, ten tijde van Jezus’ optreden een provincie van het Romeinse Rijk, maar een schriftgeleerde, kenner van de Tora, de eerste vijf boeken

van het Oude Testament. Uit het boek Genesis kende hij het prototype van het verhaal van de Barmhartige Samaritaan, het verhaal van Kaïn en Abel. In blinde woede ontstoken, omdat God wel oog had voor het offer van Abel, maar niet voor zijn offer, slaat Kaïn zijn broer dood. Daarop aangesproken door God, antwoordt Kaïn: ‘Ben ik mijns broeders hoeder?’ Dit korte verhaal, in enkele regels verteld aan het begin van de Bijbel, vormt het eerste hoofdstuk van de *never ending story* van het burgerlijk recht. De verhalen van Cohen, Lindenbaum en de steekpenningen, Sjouwerman, Duchateau en het kelderluik, het personeel van het Dorpshuis in Kamerik, De Rijk en het emmertje gevuld met natronloog draaien alle om deze vraag: ‘Ben ik mijns broeders hoeder?’ Het antwoord luidt in alle gevallen: ja. Het wordt vooral interessant bij het vervolg: akkoord, naar de eis van het burgerlijk recht ben ik mijns broeders hoeder, maar in *hoeverre*?

Op dit punt verkrijgt het burgerlijk recht onontkoombaar een verhalende signatuur. Heb uw naaste lief (*agapèseis ton plètion sou*) als uzelf. In abstracto lijkt dit gebod een afzwakking van ‘Ben ik mijns broeders hoeder?’ Het hoeden van de ander kost moeite en inspanning. De liefde die ik voor mijzelf koester kan ik kosteloos schenken aan de medemens. Ik heb toch al geen al te hoge dunk van mijzelf en ben graag bereid dezelfde gemengde gevoelens van waardering uit te strekken tot alle Albanezen en alle Zweden en alle overige leden van de wereldbevolking. Ik wens hun allen niets dan goeds. Jezus gebruikt het verhaal van de Barmhartige Samaritaan om ons duidelijk te maken dat dit niet de juiste opvatting is van liefde voor de naaste. De Samaritaan bood concrete hulp en tastte in zijn buidel. *Exemplum docet*; een voorbeeld is leerrijker dan een definitie van naastenliefde.

Het verhaal van de Barmhartige Samaritaan helpt ons ook bij het aftasten van de grenzen van de norm: in *hoeverre* is het achterwege laten van hulp onrechtmatig? Naar huidige Nederlands recht zouden de priester en de Leviet, die voorbijgingen zonder zich om het slachtoffer te bekommeren, zich schuldig hebben gemaakt aan een strafbaar feit: nalaten van hulpverlening aan iemand die in ogenblikkelijk levensgevaar verkeert (art. 450 Wetboek van Strafrecht). Maar wat indien we de feiten enigszins aanpassen? De priester en de Leviet zien dat een man vergeefse pogingen onderneemt zijn muilezel, die te water is geraakt in de naast de weg stromende beek, op het droge te trekken. Op diens vraag of zij hem daarbij willen helpen, antwoorden zij: ‘Wij hebben geen tijd, wij willen vóór het begin van de sabbat thuis zijn.’ Artikel 450 Sr is in dat geval niet van toepassing, maar handelen de priester en de Leviet wellicht in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt en zijn zij om die reden aansprakelijk voor de schade, geleden door de eigenaar van de inmiddels verdronken muilezel?

Rechtsgeleerdheid drijft op verzonnen data. Casus worden zij genoemd: A koopt 200 citroenen van B. Hij krijgt 200 knollen geleverd; *quid juris*? Voor de in de Bijbel beschreven casus, zoals de lotgevallen van de Barmhartige Samaritaan en de Verloren Zoon, is *parabel* de geijkte term (naar het Grieks: *parabolè*, vergelijking). De door Wiarda in zijn *Drie typen van rechtsvinding* aanbevolen ‘vergelijkingsmethode’ sluit hierbij naadloos aan: ‘Vergelijking van het gegeven geval met imaginaire buurgevallen (...) is een

veel gebruikte methode om voor het twijfelgeval de in het licht van de vergelijkingsgevallen best verantwoorde beslissing te vinden.⁶

Imaginaire buurgevallen; rechtsvinding vergt verbeeldingskracht, zeker op het gebied waar recht en moraal elkaar ontmoeten, te weten bij hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Met zijn categorische imperatief verleent Kant de moraal een juridisch uiterlijk: 'Ik behoer nooit anders te werk te gaan dan zo dat ik ook zou kunnen willen dat mijn *maxime* een algemene wet zou worden.'⁷

Met *maxime* wordt bedoeld: een persoonlijke stelregel ('In horecagelegenheden laat ik nooit een kelderluik openstaan zonder het keldergat deugdelijk te barricaderen.'). Kern van Kants ethiek is de veralgemeenbaarheid van dergelijke *maximes* tot algemene wet: 'Laat in horecagelegenheden nooit een kelderluik openstaan zonder het keldergat deugdelijk te barricaderen.'

Op het eerste gezicht lijkt het erop dat Kant ieder verhalend element uit zijn ethiek wil bannen: 'De grond van de verplichting (gij zult niet liegen) moet niet gezocht worden in de natuur van de mens of in de omstandigheden van de wereld waarin hij geplaatst is, maar *a priori* enkel in begrippen van de zuivere rede.'⁸

De grond van de verplichting om niet te liegen; we hebben hier te maken met een proeve van funderingsdenken: waarop berust de plicht om niet te liegen? Een antwoord zou kunnen zijn: op het woord van God, die in zijn Tien Geboden een bijzondere vorm van leugenachtigheid verbiedt: Leg over een ander geen vals getuigenis af.⁹ Dit gebod staat aan de wieg van ons moderne aansprakelijkheidsrecht, waarin ook schending van ongeschreven recht een onrechtmatige daad oplevert. Molengraaff, een van de *founding fathers* van de verruiming van het begrip onrechtmatige daad, was diep verontwaardigd over een vonnis van de Rechtbank Eindhoven in een zaak waarin een verzekeringsagent een vals getuigenis had afgelegd over een ander. Hij had in strijd met de waarheid meegedeeld dat de verzekeringsmaatschappij *Primes Bruxelles* was ontbonden en had verzekerden opgeroepen zich elders te verzekeren. De rechtbank wees de vordering tot schadevergoeding af met het argument 'dat de wet nergens de verplichting oplegt om niet dan ware feiten te publiceren.' Molengraaffs verontwaardiging leidde tot een vlammend betoog in het *Rechtgeleerd Magazijn* dat de weg baande naar *Lindenbaum/Cohen*.¹⁰

Voor de grondslag van het gebod 'Gij zult over de ander geen vals getuigenis afleggen' heeft Kant geen behoefte aan het verhaal van Mozes, die met twee stenen tafelen, beschreven door de hand Gods, de berg Sinaï afdaalt. Kant zoekt en vindt die grondslag in de zuivere rede (*reine Vernunft*) waarover de mens beschikt en die hem in staat stelt zelf antwoord te geven op de vraag: *Was soll ich tun?*

De vrouw van Potifar werd niet gekweld door het morele gewicht van deze vraag:

6

7

8

9

10

‘Jozef was knap en aantrekkelijk. Na verloop van tijd liet de vrouw van zijn meester haar oog op hem vallen. “Kom bij me liggen”, zei ze. Maar dat weigerde hij. (...) op zekere dag, toen hij de binnenvertrekken in kwam om zijn werk te doen en daar niemand anders van de bedienden was, greep ze hem bij zijn kleed. “Kom bij me liggen”, drong ze aan, maar hij vluchtte naar buiten; zijn kleed liet hij bij haar achter. Toen ze besepte dat hij gevlucht was en zijn kleed bij haar had gelaten, riep ze haar bedienden en zei tegen hen: (...) “Die man is mijn kamer binnengedrongen en wilde bij me komen liggen, maar ik begon hard te schreeuwen. Toen hij dat hoorde, ging hij ervandoor en liet zijn kleed hier bij mij achter.”’¹¹



Giovanni Francesco Barbieri (1591-1666), Jozef en de vrouw van Potifar

De vrouw van Potifar zal zich niet hebben laten leiden door de zuivere rede, maar door haar wraakzucht: ‘Wat denkt deze ongehoorzame slaaf wel; wie mijn gevoelens krenkt, die zal het weten.’ Volgens Kant had zij zich uit moreel oogpunt moeten afvragen: Kan ik willen dat mijn stelregel, dat ik ieder die mij krenkt valselyk zal beschuldigen, algemene wet wordt? Het antwoord ligt dan voor de hand: neen.

Het is de vraag of Kant trouw blijft aan zijn uitgangspunt dat de grond van de verplichting om niet te liegen niet moet worden gezocht in de natuur van de mens of in de omstandigheden van de wereld waarin hij geplaatst is. Kant illustreert zijn opvattingen over het categorisch karakter van de plicht om niet te liegen aan de hand van de onwaarachtige belofte. Voor het burgerlijk recht is dit een belangrijk onderwerp omdat, naar het woord van Paul Scholten, het contract bindt omdat het

¹¹

belofte is.¹² Mag ik, wetend dat het faillissement van mijn boekhandel niet kan uitblijven, een grote voorraad boeken bestellen en beloven deze binnen veertien dagen na ontvangst te betalen, eveneens wetend dat ik daartoe niet in staat zal zijn? Mijn beweegreden is het faillissement, in het belang van het personeel, zo lang mogelijk uit te stellen en overigens hopen op een wonder.

Kant is onverbiddelijk:

‘Zou ik wel tot mijzelf kunnen zeggen: iedereen mag een onware belofte doen wanneer hij zich in een situatie van verlegenheid bevindt, waaruit hij zich op geen enkele andere wijze kan redden? Ik realiseer mij dan snel dat ik wel de leugen kan willen, maar geenszins een algemene wet om te liegen. Want volgens zo’n wet zou er eigenlijk helemaal geen belofte bestaan, omdat het tevergeefs zou zijn mijn wil ten aanzien van mijn toekomstige handelingen aan anderen kenbaar te maken, die deze bewering toch niet zouden geloven of, wanneer zij dat overhaast wel deden, mij toch met gelijke munt zouden terugbetalen. Mijn maxime moet zichzelf dus vernietigen, zodra zij tot algemene wet gemaakt zou worden.’¹³

Kants conclusie dat indien een algemene wet de onwaarachtige belofte onder omstandigheden zou toelaten, dit het einde zou betekenen van het verschijnsel ‘beloven’, omdat in dat geval niemand aan een ‘belofte’ geloof zou hechten, kan moeilijk anders worden opgevat dan als steunend op de natuur van de mens en in de omstandigheden van de wereld waarin hij geplaatst is. Maar is, hiervan afgezien, de conclusie juist? Raakt het vertrouwen in het fenomeen ‘beloven’ onherstelbaar beschadigd als onder omstandigheden een onwaarachtige belofte toelaatbaar wordt geoordeeld?

Steeds wanneer de omstandigheden van het geval een rol spelen, verkrijgt het recht een verhalende signatuur. De toelaatbaarheid van de onwaarachtige belofte hangt af van de ernst van de verlegenheid waarin degene die de onwaarachtige belofte aflegt, zich bevindt. Hier komt de vergelijkingsmethode van Wiarda van pas: vergelijking met imaginaire buurgevallen. De verbeelding aan het werk.

Ik bevind mij in grote verlegenheid. Geheel buiten mijn schuld ben ik in handen geraakt van een stam kannibalen die mij in een kookpot hebben gezet. Het water wordt al aardig heet onder mijn voeten. In deze benarde omstandigheden beloof ik, in ruil voor vrijlating, het volgend jaar terug te keren met tien iPhones als bruidsschat voor de dochter van het opperhoofd, met wie ik alsdan in het huwelijk zal treden.

Geen Kant kan mij bewegen mijn belofte gestand te doen. Afwijzing door de rechter van een door het opperhoofd ingestelde vordering tot nakoming zie ik met vertrouwen tegemoet.

¹²

¹³

4. Tenzij

De algemene begrippen van het burgerlijk recht hebben vaak een tenzij-structuur. Neem het begrip ‘onrechtmatige daad’. Doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt is een onrechtmatige daad, tenzij... De aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond ontnemt aan het doen of nalaten de onrechtmatigheid; ‘een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond’ (art. 6:162 lid 2 BW). Liegen (welbewust onwaarheid spreken teneinde de ander te misleiden) tijdens een sollicitatiegesprek is in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt en dus onrechtmatig, tenzij... Substantiëring van het ‘tenzij’ vergt een overtuigend verhaal. ‘Wilma, je bent toch niet bezig zwanger te raken, want in dat geval kunnen wij je voor deze baan niet gebruiken?’ Wilma antwoordt krachtig: nee, en verzwijgt dat zij en haar partner druk in de weer zijn met activiteiten, gericht op totstandkoming van zwangerschap. Er zijn aanwijzingen dat het Hof van Justitie van de Europese Unie begrip heeft voor de leugenachtige rol van Wilma in dit verhaal.¹⁴

Voor de tenzij-structuur van algemene rechtsbegrippen muntte de Engelse rechtsfilosoof H.L.A. Hart een polemische term: *defeasibility*. Rechtsbegrippen als contract en onrechtmatige daad zijn ‘overwinnelijk’, dat wil zeggen dat ook indien alle voorwaarden voor hun toepasselijkheid zijn vervuld, zij onder bepaalde omstandigheden niettemin onderuit kunnen worden gehaald.¹⁵ Een tussen schuldeiser en schuldenaar geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 6:2 BW). De onaanvaardbaarheidstoets eist zwaar geschut en de verwijzing naar de gegeven omstandigheden brengt mee dat dit geschut slechts doel treft als het één soort munitie afvuurt: een sterk verhaal waarin de omstandigheden van het geval optimaal worden uitgebuit.

Bij een werknemer die meer dan dertig jaar tevoren door zijn toenmalige werkgever aan asbeststof is blootgesteld wordt mesothelioom geconstateerd, een longziekte die slechts één oorzaak heeft: inademen van asbeststof. Is het door de werkgever gedane beroep op verjaring in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar? De Hoge Raad geeft aanwijzingen om het verhaal van de werknemer zo sterk mogelijk te maken. De omstandigheid dat de schadevergoeding ten goede komt aan het slachtoffer zelf, maakt het verhaal sterker dan wanneer hij moet toegeven: ‘Als u mijn dagvaarding leest, ben ik reeds overleden; de schadevergoeding komt ten goede aan mijn nabestaanden.’ Ook het breed uitmeten van de ernst van het verwijt dat de werkgever treft, verhoogt de kracht van het verhaal. Klap op de vuurpijl is de mededeling dat de aansprakelijkheid van de werkgever door verzekering is gedekt.¹⁶

In de kleine verhalen van het kelderluik en het emmertje met natronloog een groot verhaal laten oplichten; het is niet nodig, en zelfs niet gewenst, dat dit steeds

¹⁴

¹⁵

¹⁶

expliciet geschiedt zoals in *Donoghue v Stevenson* waarin Lord Atkin verwees naar het verhaal van de Barmhartige Samaritaan. Een rechter die moet oordelen over de vraag of het door de vrouw gepleegd overspel jegens haar man een onrechtmatige daad oplevert, hoeft niet een reeks overspelromans (*Anna Karenina*, *Effi Briest*, *Lady Chatterley's lover*) uit de kast te halen om die boeken in zijn vonnis als bron te vermelden.¹⁷ Wel is nodig dat krachtig stelling wordt genomen tegen hetgeen de Verkenningcommissie Rechtsgeleerdheid in 1995 schreef: 'Wij leven in een tijdperk van antifunderingsdenken en postmoderniteit. Het geloof in de Grote Verhalen behoort tot het verleden.'¹⁸

Gelukkig behoort het tijdperk van postmoderniteit alweer tot het verleden. Geloof in de Grote Verhalen is weer toegestaan. Argwaan verdient de rechter die toegeeft: 'Kaïn en Abel? Geen idee, al sla je me dood.'

¹⁷
¹⁸

Crime and Punishment bij Dickens

Jan Lokin*

I. Inleiding

Geen schrijver heeft naar mijn oordeel door zijn fictie zoveel hervormingen op sociaal maar ook op juridisch gebied helpen bewerken als Charles Dickens. Ik beperk mij doelbewust tot zijn fictie en laat zijn journalistiek vuurwerk ter zijde. Frankrijk kent Zola met zijn *J'accuse* maar dat schreef Zola als journalist en zijn zaak betrof één individueel geval. Amerika kent Harriet Beecher Stowe en *Uncle Tom's Cabin* maar dat was één boek over één misstand, hoe gruwelijk ook. Nederland kent de Max Havelaar van Multatuli maar ook daar is sprake van één boek en één issue. Dickens' geschriften hebben recht en wetgeving beïnvloed op het gebied van de schuldgevangenis, van de armenzorg, van het procesrecht, van het auteursrecht, van het arbeidsrecht enzovoort. Door de enkele kracht van zijn pen heeft hij een einde gemaakt aan de Yorkshire schools voor ongewenste kinderen. Ondanks zijn scherpe kritiek heeft Dickens serieus overwogen jurist te worden en zich laten inschrijven voor de Bar. Hij heeft de studie niet doorgezet en kende daardoor het recht niet van binnenuit. Dat gebrek is hem dan ook door de professionele juristen flink ingewreven. Zijn kennis van het recht gaat het niveau van een procureursklerk niet te boven, schreef een felle criticus van Dickens, Sir James Fitzjames Stephen.¹ Toch heeft hij door zijn 'extraordinary powers of observation' informatie over het recht en zijn beoefenaren gegeven 'which we can get nowhere else', zegt de grote historicus van het Engelse recht Sir William Holdsworth. 'Dickens's novels provide a source of information which, in its range and lifelike character, is superior to that possessed by the historian of any other period.'² En niet alleen geeft hij extra informatie, hij heeft door zijn enorme populariteit de publieke opinie beïnvloed en daardoor meer bereikt dan welke jurist ook. In al zijn boeken speelt de Law een rol, met name in zijn grote roman *Bleak House* waarin hij de aanval opende op de procedure voor de Court of Chancery die in het slechtste geval uiterst kostbaar en uiterst ingewikkeld was en generaties kon duren. Uit dat boek stamt de vaak aangehaalde zin: *The one great principle of the English Law is to make business for itself*. Omdat het ondoenlijk is om op alle aspecten in te gaan wil ik me in deze voordracht beperken tot één onderdeel van het recht waardoor Dickens was gefascineerd en wel tot het strafrecht, of nauwkeuriger gezegd tot misdaad en straf, *crime and punishment*.

* Prof. mr. dr. J.A.H. Lokin is hoogleraar rechtsgeschiedenis aan de Rijksuniversiteit Groningen.

¹ The License of Modern Novelists, *Edinburgh Review* CVI, 1857, 128.

² W.S. Holdsworth, *Charles Dickens as a Legal Historian*, 1928, p. 3.

2. Schuldgevangenis

Al vroeg, als kind, is Dickens met de gevangenis in aanraking gekomen. Toen hij twaalf jaar oud was, werd zijn vader gearresteerd en wegens niet betaalde schulden naar de zogenoemde debtor's prison gebracht, in zijn geval de Marshalsea Prison. In zijn meest autobiografische roman, *David Copperfield*, heeft Dickens deze episode beschreven met de arrestatie van Mr Micawber die naar vader John Dickens is gemodelleerd en dan ook meer geld uitgeeft dan hij heeft. Beroemd is het advies dat Micawber David bij zijn gevangenneming geeft:

'My other piece of advice, Copperfield, said Mr. Micawber, you know. Annual income twenty pounds, annual expenditure nineteen nineteen six, result happiness. Annual income twenty pounds, annual expenditure twenty pounds ought and six, result misery. The blossom is blighted, the leaf is withered, the God of day goes down upon the dreary scene, and – and in short you are for ever flooded. As I am!'

In de Engelse taal is het woord Micawberism doorgedrongen en toen het laatst boven een hoofdredactioneel artikel van *The Times* stond wist heel Engeland waar het overging. Wat heel Engeland destijds niet wist was dat het verhaal van *David Copperfield* (DC) het werkelijke verhaal van Charles Dickens (CD) was. Zelfs voor zijn vrouw heeft hij het lange tijd verborgen gehouden. Zijn vriend en biograaf John Forster die hij in vertrouwen had genomen heeft de episode in het eerste deel van zijn *Leven van Dickens* in 1872 onthuld.

Dickens heeft het leven in de schuldgevangenis en met name de corrumperende invloed ervan in drie romans beschreven. *Pickwick* komt in de Fleet Street Prison terecht omdat hij veroordeeld is wegens *breach of promise*, schending van een trouwbelofte aan zijn hospita, Mrs Bardell, hoewel hij volstrekt onschuldig is. Hij wilde slechts een knecht in dienst nemen maar zei dat erg onhandig tegen zijn hospita: Denkt U dat het veel duurder zal zijn om twee mensen te onderhouden in plaats van één? Dat was al genoeg voor Mrs Bardell om flauw te vallen enzovoort. De advocaten Dodson and Fogg zien er wel een zaak in en *Pickwick* wordt tot zijn stomme verbazing gedagvaard. Er volgt een absurd proces volgens de *common law*, dus voor een jury, waarin *Pickwick* wordt veroordeeld tot schadevergoeding van 700 pond, destijds een enorm bedrag. De pleitrede van Serjeant (tot 1846 hadden de Serjeants at Law het pleitmonopolie in de *common law*) Buzfuz tegen *Pickwick* is retorisch gezien volmaakt. Overigens is het proces een satire op een rechtszaak die werkelijk had plaatsgevonden en die Dickens als reporter moest verslaan: Lord Melbourne tegen Norton. Daarin werd Lord Melbourne, de latere Prime Minister en vertrouweling van de jonge koningin Victoria, volkomen ten onrechte beschuldigd van overspel met Caroline Norton. De beschuldiging kwam van haar echtgenoot, een bruit die haar mishandelde en haar aanklaagde om met het eventueel gewonnen geld (10.000 pond) zijn schulden af te betalen. De wijze waarop de onschuldige Melbourne in de rechtszaak door de advocaten met groot oratorisch geweld werd aangepakt, wekte bij Dickens grote verontwaardiging op. De zaak was zo duidelijk dat de jury zich niet terugtrok en de eis dadelijk afwees. Anders in het geval van

Pickwick. Hij wordt wél veroordeeld maar weigert te betalen en belandt daarom in de schuldgevangenis. Omdat hij geld heeft, wordt (tegen betaling) dadelijk een kamer voor hem ontruimd en trekt zijn bediende Sam Weller bij hem in. De uitgezette kamergenoten komen aan de *poor side* terecht en dat geeft de jonge Dickens (hij is dan 24 jaar) de gelegenheid een bittere aanklacht te richten tot de overheid die zulk een systeem in stand houdt.

'The poor side of a debtors' prison is, as its name imports, that in which the most miserable and abject class of debtors are confined. Most of our readers will remember, that, until within a very few years past, there was a kind of iron cage in the wall of the Fleet Prison, within was posted some man of hungry looks, who, from time to time, rattled a money-box and exclaimed in a mournful voice: "Pray, remember the poor debtors; pray, remember the poor debtors". This is no fiction. Not a week passes over our heads, but, in every one of our prison of debt, some of these men must inevitably expire in the slow agonies of want, if they were not relieved by their fellow-prisoners.'

Micawber in David Copperfield wordt opgesloten in de King's Bench, met opzet niet de Marshalsea waarin zijn vader had gezeten om het publiek niet op een spoor te brengen. De Marshalsea speelt wél de hoofdrol in de derde roman over de schuldgevangenis: Little Dorrit. Zij wordt geboren in de gevangenis waarin de hele familie is gehuisvest na de insolventie van vader Dorrit. Als klein kind ziet zij hoe de gevangenis sfeer de waardigheid van haar vader aantast. Dickens is een meester in het beschrijven van die psychische neergang. Wanneer deze op een gegeven ogenblik de langst zittende schuldenaar is krijgt hij de titel *Father of the Marshalsea*. 'And he grew proud of the title. A disposition began to be perceived in him to exaggerate the number of years he had been there.' Van de nieuwkomers vraagt hij zonder gêne een testimonial in de vorm van een klein geldbedrag. In zijn gesprekken met zijn dochter klinkt zelfmedelijden en zelfs zelfgenoegzaamheid door:

'You know my position, Amy, he said. I have not been able to do much for you; but all I have been able to do, I have done. I am in the twenty-third year of my life here, he said with a catch in his breath that was not so much a sob as an irrepressible sound of self approval, the momentary outburst of a noble consciousness. I have done it, Amy, my love, you are by far the best loved of the three, whatever I have done for your sake, my dear child I have done freely and without murmuring.'

En Dickens vervolgt dan:

'Only the wisdom that holds the clue to all hearts and all mysteries, can surely know to what extent a man, especially a man brought down as this man had been, can impose upon himself. Enough, for the present place, that he lay down with wet eyelashes, serene, in a manner majestic, after bestowing his life of degradation as a sort of portion on the devoted child upon whom its miseries had fallen so heavily.'

Als dan de familie later tot grote rijkdom komt, blijft de angst voor ontdekking, de overgevoeligheid voor elk blijk van geringschatting en de schaamte voor zijn

verleden aan de vader kleven en vooral in dat laatste heeft Dickens zich ongetwijfeld herkend. Hij was beslist een genereus man maar was tegelijkertijd doodsbenauwd om in de armoede terug te vallen die hij in zijn jeugd had gekend.

De aanvallen van Dickens op de *debtor's prisons* misten hun uitwerking niet. Eén jaar voor zijn dood, in 1869, werd de *Debtor's Act* aangenomen die praktisch een einde maakte aan het systeem. Dickens heeft de afschaffing dus nog net meegemaakt. De Marshalsea van zijn vader was toen al afgebroken; in het voorwoord van *Little Dorrit* (1855) beschrijft Dickens een bezoek dat hij maakt aan de verlaten gebouwen en hoe hij daar dwaalt '*among the crowding ghosts of many miserable years*'. Een tralievenster van de Marshalsea is te zien in het Dickens Museum, Doughty Street 48.

3. Doodstraf

De *debtors prisons* vormden een aparte categorie en stonden los van de strafrechts-gevangenen. Als afschrikwekkend symbool van *Crime and Punishment* fungeerde Newgate Prison. De ongenaakbaarheid ervan wordt beschreven in *Barnaby Rudge* waarin het opgezweept grauw ('*they howled like wolves, their savage faces thirsted like wild animals for blood'enz.*) probeert de pas gebouwde gevangenisburcht te bestormen. De bestorming van lijkt op die van de Bastille, beschreven in *A Tale of Two Cities*.

'The clash of iron ringing upon iron mingled with the deafening tumult and sounded high above it, as the great sledge-hammers rattled on the nailed and plated door; the sparks flew off in showers; men worked in gangs and at short interval relieved each other: but there stood the portal still, as grim and dark and strong as ever and, saving for the dints upon its battered surface, quite unchanged.'

Het strafrecht bevond zich in Dickens's tijd nog in de fase tussen de Middeleeuwen en de Verlichting. De doodstraf werd in het openbaar ten uitvoer gebracht en de rituelen die ermee gepaard gingen waren afschrikwekkend. Als jong verslaggever bracht Dickens op 23-jarige leeftijd een bezoek aan Newgate. In een van de *Sketches by Boz* (pseudoniem van Dickens) schrijft hij dat de ter dood veroordeelden de zondag voor hun executie – door ophanging – de kerkdienst bijwoonden in een aparte bank vlak onder de kansel in het zicht van hun medegevangenen en dat in het nabije verleden '*the coffins of the men about to be executed were placed in that pew, upon the seat by their side, during the whole service. It may seem incredible but it is true*'. Tot 1820 werden de gehangenen na hun executie onthoofd. Tot 1837 stond op meer dan tweehonderd grote maar ook kleine vergripen de doodstraf die in het openbaar door ophanging werd voltrokken, hoewel er dadelijk bij moet worden gezegd dat maar enkele daadwerkelijk ten uitvoer werden gebracht. Daardoor misten de straffen hun doel omdat de daders het risico namen dat ze niet zouden worden opgehangen. In 1837 werd het aantal *capital punishments* drastisch verlaagd hetgeen door de jonge koningin Victoria in haar maidenspeech voor het Parlement een maand na haar troonsbestijging met voldoening werd geconstateerd: '*I hail this mitigation of the severity of the law as an auspicious commencement of my reign.*' Na 1837 was de doodstraf

voornamelijk beperkt tot moord maar de terechtstelling bleef tot 1868 openbaar en werd door duizenden bijgewoond. Dickens zelf woonde in 1840 een openbare executie bij. Het gedrag van de menigte en de kermis waarmee een en ander gepaard ging vervulde hem met walging. In *Oliver Twist*, dat hij in 1837 schreef, wordt Fagin ter dood veroordeeld wegens heling en het leiding geven aan een jeugdige dievenbende. Dickens beschrijft uitvoerig Fagin's psychische gesteldheid, zijn aan waanzin grenzende angst in de laatste nacht in *the condemned cell* waarheen elke ter dood veroordeelde om 5 uur 's middags heen gebracht werd en tot 10 uur 's avonds mocht beschikken over een kaars. De laatste nacht werd hij geen moment alleen gelaten; er was constant een bewaker aanwezig. Om 7 uur 's ochtends – meestal op een maandag – werd hij dan naar het schavot geleid. Zo ook Fagin:

'Day was dawning and a great multitude had already assembled; the windows were filled with people, smoking and playing cards to beguile the time; the crowd were pushing, quarreling, joking. Everything told of life and animation, but one dark cluster of objects in the centre of all – the black stage, the cross-beam, the rope and all the hideous apparatus of death.'

Dickens schreef enkele pleidooien voor afschaffing van de doodstraf maar veranderde al tamelijk snel van mening. Hij bleef zich fel keren tegen de openbare executie maar liet zijn bezwaren tegen de doodstraf zelf vallen. Er waren misdaden die zo verschrikkelijk waren dat ze de doodstraf verdienden, vond hij, maar die straf moest binnen de gevangenis buiten het zicht van het publiek worden uitgevoerd zonder media aandacht.

'I am disposed to come to the conclusion that it (public hanging) produces crime in the criminally disposed, and engenders a diseased sympathy – morbid and bad but natural and often irresistible – among the well-conducted and gentle.'

De formulering is treffend en maakt het 'vreemde inzicht'³ van Dickens in de menselijke ziel zichtbaar: ook bij wel opgevoede en vriendelijke mensen breng de openbare terechtstelling een ongezond medelijden teweeg die ziekelijk is en slecht maar natuurlijk en dikwijls onweerstaanbaar. Naar aanleiding van de stuitende taferelen bij de ophanging van Courvoisier die zijn meester Lord Russell had vermoord, stortte hij zich in a *roaring sea* van correspondentie in *The Times*. Door deze brieven, zegt zijn biograaf John Forster, *'there began an active agitation against public execution which never ceased until the salutary change was effected which has worked so well'*. Niet alleen over de doodstraf wijzigde Dickens zijn mening. In de loop van zijn leven keerde hij zich meer en meer tegen de idealistische neiging de straf te zien als een middel tot verbetering en hervorming van de misdadiger. De straffen moesten streng zijn en dienden in de eerste plaats als vergelding van het aangedane leed. Door de straf moest het door de misdaad verstoorde evenwicht worden hersteld.

3 Strange insight, de woorden zijn van Dickens' dochter.

4. Transportatie

Onder invloed van de Verlichting en de ideeën van onder meer Jeremy Bentham (die de koepelgevangenis, het panopticum, uitvond) kwam de opsluiting in een gevangenis als een moderne passende straf aan het einde van de 18^e eeuw in opkomst naast *transportation*. De langdurige opsluiting is als normale, algemeen geaccepteerde straf van tamelijk recente datum. Ook de Romeinen kenden geen lange opsluiting; een gevangenis was toen niet meer dan de wachtkamer van de dood. Wél kenden ze *transportation* in de vorm van verbanning, *deportatio* met verlies van het vermogen en *relegatio* met behoud ervan. In Engeland werd *transportation* een steeds meer toegepaste straf, eerst naar de Noord-Amerikaanse koloniën – Manon Lescaut – in Dickens tijd naar Australië, vooral naar New South Wales. Van 1787 tot 1868 zijn volgens de gegevens 160.000 mensen getransporteerd naar Australië, onder wie in Dickens' fictie de brute schoolmeester uit Nicolas Nickleby, Wackford Squeers ('he had but one eye and the popular prejudice runs in favour of two') en ook de jeugdige Artful Dodger uit Oliver Twist. De meest bekende convict uit Dickens' werken is Magwitch die aan het begin van *Great Expectations* ontsnapt uit een van de gevangensschepen, zogenoemde hulks die in de monding van de Thames lagen. Naar die drijvende gevangensissen – meestal afgedankte oorlogsschepen en boten voor troepentransport – werden de gevangenen gebracht in afwachting van hun verscheping naar de nieuwe wereld. De confrontatie op het kerkhof van de kleine Pip met de boef Magwitch die geketend is aan een ijzeren bal en Pip min of meer bespringt, is een van de sterkste openingen van Dickens' boeken.

Dickens geloofde in de straf als afschrikking en was niet gekant tegen transportatie. Hij heeft zelfs (1840) een voorstel gedaan aan de minister van Binnenlandse Zaken om een pamflet te schrijven over de verschrikkingen van het leven als getransporteerde dwangarbeider 'to be placed on the pillow of every prisoner in England'. Het voorstel is niet overgenomen.

5. Gevangenisstraf, Solitary System

De wetenschap van misdaad, straf en misdadiger stond in Dickens' tijd nog in de kinderschoenen. Typerend is dat het woord penologie, waaronder het gestructureerde denken over straffen wordt verstaan, vooraf gaat aan het woord criminologie waarin de misdadiger centraal staat. Het eerste zou van Amerikaanse oorsprong zijn en uit de jaren dertig van de 19^e eeuw stammen, het tweede van Italiaanse make-lij en uit de jaren tachtig dateren.

De wijze waarop de gevangenisstraf moest worden ondergaan was niet alleen een voorwerp van discussie in Dickens' tijd maar ook een van experiment. Grofweg onderscheidde men drie stelsels: *the Solitary System*, *the Separate System* en *the Silent System*.

Met de *Solitary System*, dat wil zeggen met de langdurige opsluiting in volstreekte afzondering, maakte Dickens kennis tijdens zijn reis door Amerika in 1842. Hij bezocht in Philadelphia de veelgeroemde Eastern Penitentiary en mocht een kijkje

nemen in de verschillende cellen. De gevangene zat daar zonder werk en werd niet gelucht. Bij binnenkomst kreeg hij een zwarte kap over zijn hoofd als hij naar zijn cel werd geleid. Na een experiment in 1822 waarbij 80 gevangenen op deze wijze waren opgesloten was de helft na een half jaar krankzinnig. Dickens vond de Eastern Penitentiary a place of horror en het systeem wrong and cruel. De geest van de gevangene werd door de isolatie morally unhealthy and diseased. Dit oordeel heeft hij neergeschreven in zijn reisverslag *American Notes (for general circulation)* en lokte een storm van protest uit bij de Amerikanen. Zij beschouwden zijn verslag als een dolkstoot in de rug omdat hij tijdens zijn bezoek van zijn afkeer niets had laten merken. Maar Dickens bleef bij zijn mening dat het systeem leidde tot krankzinnigheid. In zijn fictie heeft Dickens de psychische gevolgen van langdurige eenzame opsluiting beschreven in de persoon van Alexandre Manette, de dokter die achttien jaar is opgesloten, *buried alive*, in de Bastille en is *recalled to life*. Het geval Manette wordt ook besproken door de belangrijkste Engelse neuroloog van de 20^e eeuw, Lord Brain.⁴ Brain heeft een standaardwerk over neurologie geschreven *Brain's Diseases of the Nervous System*. Hij spoorde zijn studenten aan Dickens te lezen omdat – ik citeer –

'(...) at a time when medicine itself was only just beginning to recognize the importance of physical signs, the characters in the world of Dickens's imagination are so real that they have recognizable diseases of body and mind, described with the accuracy and insight of a great clinical observer.'

Hij vond de beschrijving van Dr. Manette *'perhaps the most remarkable example of Dickens's psychiatric insight, because it is the most comprehensive of his studies of psychological abnormality and because it includes an anticipation of psychotherapy.'* In de Bastille had Manette schoenen gemaakt en na zijn vrijlating ging hij in eenzaamheid door met schoenen maken totdat hij in Londen met zijn dochter verenigd werd en door haar zorgzaamheid langzaam zijn oude hoedanigheden terugkreeg. Aan de tijd in de gevangenis had hij geen enkele herinnering meer: *'My mind is a blank from some time, I cannot even say what time to the time I became familiar with my dear daughter. But I am quite unable even to say how she had become familiar. I have no remembrance of the process.'* Toen zijn dochter op huwelijksreis ging en afscheid van hem nam, viel hij terug in zijn rol van schoenmaker en herkende zijn vrienden niet meer, totdat hij op een dag weer geheel normaal in zijn dokterskostuum verscheen en dacht dat het huwelijk van zijn dochter gisteren had plaats gehad. Toen hem bleek dat dat niet het geval was werd hij erg onzeker. Een vriend legt hem dan zijn geval voor alsof het om iemand anders gaat en langzaam herkent hij zichzelf: *'You have no idea'*, zegt hij, *'how difficult, how almost impossible it is for someone to force himself to utter a word upon the topic that depresses him.'* Kenmerkend voor Dickens is de volgende beschrijving waarin de psychische kwelling en pijn wordt vertaald in lichamelijke gedragingen. Als teken van zijn genezing besluit hij zijn schoenmakers werktuigen te vernietigen. Dat betekent dat hij te gronde richt wat hem tot dan toe in leven heeft gehouden.

⁴ Walter Russell Brain, 1st Baron Brain (1895-1966) Je zult maar het geluk hebben neuroloog te zijn en Brain heten. Brain behandelde o.a. Churchill in de laatste jaren van diens leven.

'Very strange', schrijft Dickens, 'to see what a struggle there was within him. He once yearned so frightfully for that occupation and it was so welcome when it came; no doubt it relieved his pain so much, by substituting the perplexity of the fingers for the perplexity of the brain, and by substituting as he became more practiced, the ingenuity of the hands for the ingenuity of the mental torture, that he has never been able to bear the thought of putting it quite out of reach. Even now, the idea that he might need that old employment and not find it, gives him a sudden sense of terror, like that which one may fancy strikes to the heart of a lost child.'

Die panische angst van een verdwaald en alleen gelaten kind heeft Dickens zelf gevoeld toen zijn vader met de rest van de familie in de schuldgevangenis zat en hij alleen te werk was gesteld. Als de dokter later hoort dat zijn schoonzoon onder de guillotine dreigt te komen valt hij weer terug in zijn rol van gevangene en verdwijnt. Als ze hem terugvinden is hij definitief begraven in het verleden en vraagt om zijn schoenmakersgereedschap. *'Time presses: I must finish those shoes.'* De laatste beelden van Dr. Manette zijn die van een *'helpless, inarticulate, murmuring, wandering old man'*.

In dit verband wijst Lord Brain nog op vader Dorrit, de Father of the Marshalsea die dezelfde ervaring heeft aan het eind van zijn leven. Rijk geworden geeft hij een chique diner en begint een tafelspeech, maar krijgt onderwijl een beroerte. Daardoor valt hij terug in de rol van gevangene. Dickens weeft meesterlijk zinnen ineen, die van zijn oude en van zijn nieuwe bestaan getuigen. Kort daarna sterft the Father of the Marshalsea.

6. Separate System

In Engeland was the Separate System populair. Het is aan de Solitary System verwant en werd toegepast in Pentonville, Preston en Reading waarin later Oscar Wilde zal verblijven en zijn beroemde ballade zal schrijven. In dit regime waren de gevangenen wel van elkaar gescheiden maar werd hun een vak of ambacht geleerd waardoor ze op sommige ogenblikken met elkaar in aanraking kwamen. Er werd dus aan verbetering en opvoeding gedaan.

Ook tegen dit systeem had Dickens bezwaren, die hij breed heeft uitgemeten in zijn tijdschriften *Household Words* en *All the Year Round*. Het was te weinig streng en te kostbaar. De gevangenen werden goed gevoed en gekleed, met het resultaat dat zij beter af waren dan de armen die in een *workhouse* waren ondergebracht. Reeds in de *Pickwick Papers* gaat Dickens te keer tegen *'the just and wholesome law which declares that the sturdy felon shall be fed and clothed and that the penniless debtor shall be left to die of starvation and nakedness'*. Geen wonder dat sommige armen de gevangenis verkozen boven de *workhouse* waar ze, volgens Dickens in *Oliver Twist*, de keuze hadden *'between being starved by a gradual process in the house or by a quick one out of it'*. Een laatste bezwaar tegen het Separate System was dat het gevoelig was voor gevele, geveinsde braafheid en huichelarij en voorkeursbehandeling in het leven riep. Dickens verwonderde zich over de naïviteit van de prison chaplains die al te gemakkelijk geloof hechtten aan de bekering van de misdadigers. In een van de laatste hoofdstukken van *David Copperfield* maakt David deel uit van een gezelschap heren dat een gevangenis inspecteert.

Daar ontmoet hij two interesting penitents, de modelgevangenen Uriah Heep (number 27) en Littimer (number 28), de highly respectable manservant van Steerforth. David (en Dickens) voelden zich altijd ongemakkelijk in gezelschap van butlers, obers, man servants enzovoort juist vanwege hun respectability. Uriah Heep leest in een Hymn Book en weet het nog klaar te spelen iedereen te stichten en te vermanen:

'I was given to follies; but now I am sensible of my follies. There's nothing but sin everywhere – except here. I forgive everybody and I hope you'll curb your passions in future. The best wish I could give all of you gentlemen is, that you could be took up and brought here. When I think of my past follies and my present state, I am sure it would be best for you. I pity all who ain't brought here.'

Littimer tapt uit hetzelfde vaatje als hij uit zijn cel naar voren stapt reading a good book. Als number 28 gevraagd wordt of hij klachten heeft over voedsel en drank, zegt hij in de taal van een echte butler:

'If I might take the liberty of saying so, sir, I don't think the milk is quite genuine; but I am aware, sir, that there is a great adulteration of milk in London and that the article in a pure state is difficult to be obtained.'

En zonder David Copperfield aan te kijken zegt hij net als Uriah Heep:

'I am conscious of my own past follies. I hope the gentleman who was acquainted with me in my former life may repent of all the wickedness and sin to which he has been a party. Gentlemen, I wish you a good day and hoping you and your families will also see your wickedness and amend!'

Beiden staan wegens fraude en diefstal op de lijst voor transportatie naar Australië.

7. Silent System

De meeste sympathie van Dickens ging uit naar 'the Silent System in which silence is strictly maintained, but where the prisoners have the comfort and mental relief of seeing each other and of working together'. De stilte was noodzakelijk om elkaar niet te bederven. Daarvoor diende ook de kap in de Solitary System. Daardoor zag men elkaar zelfs niet. Evenals de Solitary System kwam de Silent system uit Amerika waar het bekend stond onder de naam Auburn System. Dickens zag het in werking in the House of Correction for the State in Boston, Amerika, en in Coldbath Fields in Engeland. In Coldbath Fields stond een man aan het hoofd die Dickens zeer bewonderde en met wie hij vriendschap sloot: Captain George Laval Chesterton (1829-1854). Deze leger-officier had ondanks een geweldige tegenstand van gevangenen, gevangenenbewaarders en de autoriteiten die voor de Separate System waren geporteerd, de Augiasstal van Coldbath Fields gereinigd. Zoals in elke gevangenis in de 18e en begin 19e eeuw vierde de corruptie hoogtij in plaatsen van bewaring waarin iedereen door elkaar heenliep, mannen en vrouwen, streng en licht gestraften, jeugdige en doorgewinterde misdadigers. De cipiers waren notoir omkoopbaar en dreven een levendige

handel in alles wat verboden was. De corruptie strekte zich dikwijls uit tot de *governor* zelf. Met harde hand maakte Chesterton aan deze praktijken in zijn gevangenis een einde. Het regime van absolute stilte dat hij invoerde verschilde in enkele opzichten van het Amerikaanse, zoals Dickens merkte. In Amerika deden de gevangenen zinvol werk als metselaar, timmerman, wever of smid. Dat vond Chesterton en ook Dickens een nadeel. Daardoor was de stilte afwezig en was dus toch stiekem communicatie mogelijk en daardoor leek het wel alsof hij zich in een fabriek bevond en niet in een gevangenis die toch volgens hem moest zijn a *place of ignominious punishment and endurance*. Opsluiting was een vergeldingsmaatregel in zijn ogen en moest dus onaangenaam zijn. Neen, dat was in Engeland beter, waar men in doodse stilte in de tredmolen liep en met vijfhonderd tegelijk zonder enig geluid touw aan het pluizen was. Dat touwpluizen heeft ook Oscar Wilde nog moeten doen. Dickens was niet tegen de tredmolen en ook niet tegen *whipping*. Dat klinkt ons hard in de oren. In onze ogen is Dickens een strenge aanhanger van de vergeldingstheorie maar in zijn eigen ogen en in die van vele van zijn tijdgenoten hield hij het midden tussen een te veel aan medelijden met de dader en een ongezonde wens om terug te keren naar de *hanging system* van de 18^e eeuwse *Bloody Code*. Zelf zei hij daarover:

'I incline as little to the sickly feeling which makes every canting [huichelachtige] lie or maudlin [sentimentele] speech of a notorious criminal a subject of newspaper report and general sympathy as I do to those good old customs of the good old times which made England one of the most bloody-minded and barbarous countries on the earth.'

8. Vergelding en onderwijs

Men vraagt zich af waarom Dickens, die zich als geen ander kon inleven in de beweegredenen van andermans daden en zoals zijn dochter zei een *strange insight* had in andermans karakter zo streng was tegenover de misdadiger. Voornamelijk kwam dat voort uit zijn overtuiging dat de volwassen crimineel onverbeterbaar was. Van een ondeugd kon je nog wel genezen, zoals Scrooge zich bekeerde van een gierige misanthroop tot een gulle vrolijke oude heer, maar over de bekering van de misdadiger was hij uitgesproken pessimistisch. Hoewel hij alle begrip had voor de armoede en de smerige verdorven omstandigheden die het een kind bijna onmogelijk maakten om tot een fatsoenlijk mens uit te groeien, keek hij bij de strafbepaling meer naar de gruwelijkheid van de misdaad dan naar de achtergrond van de misdadiger. Hij geloofde dat sommige – niet alle – misdadigers puur slecht waren, *savage beasts*. In *Little Dorrit* ontploft zich een discussie tussen een Zwitserse dominee en een herbergierster die de stem van het volk en ik denk, ook de stem van Dickens vertolkt. Ze hebben het over de moordenaar Rigaud. De dominee somt allerlei verzachtende omstandigheden op:

'It may have been his unfortunate destiny. He may have been the child of circumstances. It is always possible that he had and has good in him if one did but know how to find it out. Listen, cried the landlady, I am a woman. I know what I have seen and what I have looked in the face,

in this world here where I find myself. And I tell you this, my friend, that there are people (men and women unfortunately) who have no good in them – none. That there are people whom it is necessary to detest without compromise. That there are people who must be dealt with as enemies of the human race. They are but few, I hope; but I have seen in this world where I find myself that there are such people.'

Om de misdaad werkelijk tegen te gaan moest volgens Dickens alle aandacht uitgaan naar de jeugd en alle energie gestopt worden in het terugdringen van de armoede en het geven van onderwijs. Bij de volwassen misdadiger was verbetering niet meer mogelijk, bij de kinderen soms nog wel. Dickens is de schrijver van de kinderziel. Zijn beste passages zijn die waarin de wereld wordt bekeken door de ogen van een kind. Vele van zijn werkelijke helden zijn kinderen: Little Dorrit, Little Paul Dombey, Little Emily, Little Nell, Tiny Tim, Oliver Twist asking for more. Dikwijls nemen ze de zorgen van de volwassenen op hun schouders. Little Dorrit verzorgt haar vader, Caddy Jelleby is verantwoordelijk voor het gezin omdat moeder Jelleby doet aan *telescopic philanthropy*, dat wil zeggen altijd met verre projecten in de weer is maar haar eigen kinderen schromelijk verwaarloost, Little Nell trekt rond met haar grootvader die gokverslaafd is en op de vlucht voor zijn schuldeiser, enzovoort. Het ergste wat men de jeugd kan aandoen, zegt Dickens herhaaldelijk, is het ontnemen van de zorgeloosheid aan een kind. Kleineer nooit de gevoelens van een kind. Denk nooit dat het verdriet van een kind minder is dan dat van een volwassene; het is juist groter omdat de remmingen die we later in ons leven inbouwen afwezig zijn. Niet voor niets vergeleek hij de panische angst van Dr Manette die zijn werkbank nodig heeft en hem niet kan vinden met de angst van een *lost child*. In de Old Curiosity Shop brengt hij zijn bekommernis aldus onder woorden:

'It always grieves me to contemplate the initiation of children into the ways of life, when they are scarcely more than infants. It checks their confidence and simplicity – two of the best qualities that Heaven gives them – and demands that they share our sorrows before they are capable of entering into our enjoyments.'

Als Dickens Newgate Prison bezoekt, ziet hij daar ook kinderen,

'born and bred in neglect and vice, who have never known what childhood is. They have entered at once upon the stern realities and miseries of life and to their better nature it is almost hopeless to appeal in after-times. Tell them of hunger and the streets, beggary, stripes [zweepslagen] and the gin-shop and they will understand you.'

De enige manier om een sociale ramp af te wenden was onderwijs. Als de geest van Christmas Present aan Scrooge de twee kinderen toont: Ignorance en Want, dan wijst hij op de eerste (Ignorance) en zegt hij: *'most of all, beware this boy for on his brow I see that written which is Doom'*. Onderwijs betekende in de praktijk de stichting van scholen voor de armen. Ragged Schools, lompenscholen werden ze genoemd. Dickens heeft daadwerkelijk geholpen met het opzetten ervan. Hij had het geluk het vertrouwen en de vriendschap te hebben gewonnen van de steenrijke bankier

Angela Burdett Coutts met wie hij intensief samenwerkte. Een ander project dat hij samen met haar opzette was een *Home* voor prostituees die uit het leven wilden stappen waarin ze dikwijls door armoede terecht waren gekomen. Het huis heette Urania Cottage en Dickens stak veel energie in het selecteren en begeleiden van de vrouwen. Ook hier was zijn houding kenmerkend voor zijn opvatting over het doel van het strafrecht. Zag hij dat een geval hopeloos was of dat hij een verkeerde keuze had gedaan – in een brief schreef hij eens over ‘a little minx who could corrupt a nunnery in a fortnight’ – dan was hij onvermurwbaar en kende hij geen toegeeflijkheid of begrip. In Urania Cottage kregen de vrouwen als het ware rapportcijfers en konden zo bij goed gedrag meer vrijheid en voorrechten verdienen. Dat stelsel werd *the Marks System* genoemd.

9. De strafrechtadvocaat; Jaggers en Wemmick

In geen roman speelt het strafrecht zo’n belangrijke rol als in *Great Expectations*. Uit dat boek zou ik ten slotte iets uitvoeriger willen citeren omdat daarin de belangrijkste personen in de strafrechtsprocedure centraal staan. In het boek maken we kennis met de strafrechtspraktijk van de advocaat Jaggers en zijn klerk Wemmick. Jaggers is zoals wij vroeger zeiden een advocaat van kwade zaken en heeft – typisch Dickens – de gewoonte na elke zaak uitvoerig zijn handen te wassen met geurige zeep, *scented soap*. Bij de eerste ontmoeting van Jaggers met de hoofdpersoon Pip pakt Jaggers Pip’s kin vast en draait diens gezicht naar het licht om hem beter te kunnen bekijken. Pip is blij wanneer Jaggers eindelijk zijn hand loslaat want die ruikt naar *scented soap*. Met die zeep wast hij de kwade reuk van zijn cliënten en zijn zaken weg zoals een chirurg na de operatie alle ongerechtigheden wegwast met speciale zeep. Telkens als hij van de rechtszaal komt, snelt hij naar een afgeschermd hoek van de kamer en wast er zijn handen die hij vervolgens omstandig afdroogt aan een grote handdoek die over een roller hangt. Hoe gewaagder de zaak des te intenser wordt er gewassen en gedroogd. Eenmaal ziet Pip dat hij zijn hele gezicht wast ‘and was gargling his throat. And when he had done all that he took out his penknife and scraped the case out of his nails’.

Jaggers verkeert in de wereld van de misdaad en ieder die daarmee te maken heeft weet de weg naar zijn kantoor in *Little Britain just out of Smithfield* te vinden. Want Jaggers is de beste. ‘*Jaggers would do it if it is to be done.*’ Zijn gezag is zo groot dat niemand hem rechtstreeks durft te benaderen. Dag en nacht staan rondom zijn kantoor groepjes mensen die hem willen spreken maar dat niet durven. Als hij verschijnt, lopen ze allen op hem af in de hoop dat hij iets loslaat. Als Pip ziet dat twee mannen Jaggers willen aanspreken, hoort hij hem zeggen:

‘Now, I have nothing to say to YOU. I want to know no more than I know. As to the result, it’s a toss-up. I told you from the first it was a toss-up. Have you paid Wemmick?
We made the money up this morning, sir, said one of the men submissively while the other perused Mr Jagger’s face.

I don't ask you when you made it up or where or whether you made it up at all. Has Wemmick got it? Yes sir, said both men together. Very well; you may go. Now I won't have it. If you say a word to me, I'll throw up the case.

We thought, Mr Jaggers,... one of the men began, pulling off his hat.

That's what I told you not to do, said Jaggers, YOU thought! I think for you; that's enough for you.

If I want you, I know where to find you; I don't want you to find me. Now, I won't have it. I won't hear a word.'

Zo worden zijn cliënten een voor een afgewerkt. Jaggers spreekt iedereen aan alsof hij een kruisverhoor afneemt, ook Pip. Iedereen is dan ook bang voor hem, ook de politie en de rechters. Pip ziet hem eens bezig in de rechtszaal, *'seeing Mr Jaggers at it. The magistrates shivered under a single bite of his finger. Thieves and thieftakers hung in dread rapture on his word and shrank when a hair of his eyebrows turned in their direction'*. Dickens neemt in deze twee zinnen een door hem beproefd stijlmiddel te baat. In de allereerste beschrijving van Jaggers heeft hij enige fysieke eigenaardigheden beschreven die de kleine Pip zijn opgevallen, onder andere zijn stekelige zwarte wenkbrauwen die maar niet willen gaan liggen en de gewoonte om aan de zijkant van zijn vinger te knagen steeds wanneer hij op het punt staat iets scherp te zeggen. Die kenmerken worden hier uitgebuit. De magistraten huiveren bij elke beet in zijn vinger, en elke haar van zijn wenkbrauw die tegen hen gericht is, houdt dieven en dievenvangers letterlijk gevangen in een dodelijke spanning.

'Which side he was on I couldn't make out', zegt Pip, 'for he seemed to me to be grinding the whole place in a mill; I only know that when I stole out on tiptoe he was not on the side of the bench; for he was making the legs of the old gentleman who presided quite convulsive under the table, by his denunciations of his conduct as the representative of British law and justice in that chair that day.'

Jaggers interesse in het strafrecht beperkt zich niet tot de louter formeel-technische kant, maar richt zich ook op de psychische en criminologische aspecten van de misdadiger. Hij tracht erachter te komen welke omstandigheden iemand voorbestemmen tot de misdaad. Zijn het karaktereigenschappen – wij zouden nu zeggen: is het genetisch bepaald – of spelen de opvoeding en omgeving een beslissende rol? Tijdens een diner dat hij aan Pip en zijn vrienden geeft in zijn kale ongezellige huis in Gerrard Street, Soho, gaat zijn uitsluitende aandacht uit naar Pips huisgenoot Bentley Drummle, die hij *'the Spider'* noemt. Hij praat alleen met hem en mompelt in zichzelf: *'I like the look of that fellow'*, waarschuwt Pip uit diens buurt te blijven en laat zich verleiden tot de verzuchting: *'Als ik een waarzegger was, dan zou ik willen wedden dat (...)'*, maar herneemt zichzelf en constateert dat hij geen waarzegger is. Als later blijkt dat uitgerekend Bentley Drummle met Estella trouwt, Estella die door Miss Havisham is opgevoed tot louter egoïsme en harteloosheid, is Jaggers professioneel nieuwsgierig wie van de twee jonge echtelieden de *'sterkste'* zal blijken te zijn. Ze zijn aan elkaar gewaagd. Als de krachtmeting enkel een intellectuele zal blijken te zijn, stelt Jaggers, dan is Drummle zeker de mindere, maar als hij fysiek geweld te baat neemt, kan hij haar eronder houden. Als Pip verontwaardigd protesteert en zegt dat hij zo'n schurk wel niet zal zijn, antwoordt Jaggers: *'A fellow like our friend the*

Spider either beats or cringes. He may cringe and growl or cringe and not growl; but he either beats or cringes. Ask Wemmick his opinion. "Either beats or cringes," said Wemmick, not at all addressing himself to me.'

Mr Wemmick is de klerk van Mr Jaggers. Ook zijn karakter is geheel en al gevormd – zo men wil misvormd – door zijn omgang met the Law. Het recht heeft van Wemmick een gespleten persoonlijkheid gemaakt waarvan beide kanten elkaar redelijk in evenwicht houden. Zijn vierkante gezicht is gevormd met een stompe beitel, zegt Dickens, en zijn mond lijkt op een brievenbus. Het valt Pip op dat hij vier rouwringen aan zijn vingers draagt en dat ook zijn horlogeketting behangen is met ringen en zegels. Zij blijken afkomstig te zijn van geëxecuteerde misdadigers. Op kantoor doet Wemmick niet onder voor zijn baas in hardheid en gevoelloosheid. Als Wemmick bij cliënt Mike een traan in diens oog ziet verschijnen, noemt hij hem *a spluttering bad pen* en vaart tegen hem uit.

'A man can't help his feelings, Mr. Wemmick, pleaded Mike.

His what? demanded Wemmick, quite savagely. Say that again!

Now look here, my man, said Mr. Jaggers, advancing a step and pointing to the door. Get out of this office. I'll have no feelings here. Get out. It serves you right, said Wemmick. Get out.'

De enige twee 'wezens' met wie Wemmick op vertrouwelijke voet verkeert, zijn twee dodenmaskers van geëxecuteerde boeven. Zij worden steeds half kameraadschappelijk, half sarcastisch toegesproken en Wemmick vertelt Pip dat een van zijn ringen en een medaillon met een dame, een urn en een treurwilg erop aan hen hebben toebehoord.

Dezelfde Wemmick ontpopt zich echter als een liefhebbende zoon van een stokdove vader, die hij verzorgt in een wonderlijk huis in Walworth. Als Pip bij hem te logeren wordt gevraagd, weet hij niet wat hij ziet. Het huis is bereikbaar langs een ophaalbrug over een grachtje. De dakrand lijkt op de tinnen van een kasteel en op het dak wappert zondags de vlag. Elke avond om 9 uur klinkt een schot dat uit een 'kanon' wordt afgevuurd. Als Wemmick 's avonds thuiskomt, trekt hij de ophaalbrug op en laat hij zijn professionele hardvochtigheid achter zich. Jaggers weet niets van deze kant van zijn bestaan en heeft zich er ook nooit voor geïnteresseerd. Als ze de volgende ochtend teruglopen naar kantoor verhardt Wemmick's mond zich weer tot een brievenbus.

Wemmick neemt Pip mee naar Newgate prison en van dat bezoek geeft Dickens een treffende beschrijving. In de tijd waarin het verhaal speelt, zaten de gevangenen in grote ruimten bijeen. Het was dus nog in de tijd vóór the Separate System of the Silent System. Wemmick, zo valt het Pip op, loopt tussen de gevangenen zoals een tuinman loopt tussen zijn planten. Hij kent iedereen en iedereen kent hem. Hij is erg populair, maakt een praatje met de een, knikt bemoedigend tot de ander en schudt handen. Op een gegeven ogenblik zegt hij tot Pip: *'Let op de man die ik nu een hand ga geven.'* Het blijkt een valsemunter te zijn die is veroordeeld en de volgende maandag zal worden opgehangen. Er ontspint zich een beleefde conversatie. Als een *great clinical observer* beschrijft Dickens de blik en de bewegingen van de veroordeelde.

“Colonel”, said Wemmick; “how are you, Colonel?”
 “All right, Mr. Wemmick.”
 “Everything was done that could be done, but the evidence was too strong for us, Colonel.”
 “Yes, it was too strong, sir – but I don’t care.”
 “No, no,” said Wemmick, coolly, “you don’t care.” Then turning to me, “Served His Majesty, this man, Was a soldier in the line and bought his discharge.”
 I said, “Indeed?” and the man’s eyes looked at me, and then looked over my head, and then looked all round me, and then he drew his hand across his lips and laughed.
 “I think I shall be out of this on Monday, sir,” he said to Wemmick.
 “Perhaps,” returned my friend, “but there’s no knowing.”
 “I am glad to have the chance of bidding you good-bye, Mr. Wemmick,” said the man, stretching out his hand between two bars.
 “Thankye,” said Wemmick, shaking hands with him. “Same to you, Colonel. By-the-bye: you were quite a pigeon-fancier.” [postduivenhouder]
 The man looked up at the sky. “I am told you had a remarkable breed of tumblers. Could you commission any friend of yours to bring me a pair, if you’ve no further use for ‘em?”
 “It shall be done, sir.”
 “All right,” said Wemmick, “they shall be taken care of. Good afternoon, Colonel. Good-bye!”
 They shook hands again, and as we walked away Wemmick said to me, “A Coiner, a very good workman. The Recorder’s report is made to-day, and he is sure to be executed on Monday.”
 With that he looked back, and nodded at his dead plant, and then cast his eyes about him in walking out of the yard, as if he were considering what other pot would go best in its place.’

10. Slotsom

In de fictie van Dickens zijn bij nadere beschouwing twee fasen te onderscheiden die zijn denkbeelden over misdaad en straf weerspiegelen. In de eerste boeken vereenzelvigd hij zich nogal eens met de onschuldige slachtoffers: Mr Pickwick in het proces Bardell contra Pickwick en voor de magistraat Mr Nupkin, Oliver Twist voor de rechter Fang, Trotty Veck voor Alderman Cute. Door hun ogen stelt hij de incompetentie van de rechters, de onscrupuleusheid van de advocaten (Dodson and Fogg, Sampson Brass, Tulkinghorn) en de arrogantie van de magistraten aan de kaak. Later beschrijft hij juist magistraten en rechters die te mild zijn en zich door de misdadigers laten inpakken, zoals Mr Creakle door Uriah Heep en Littimer. Ook voor de advocaten (Jaggers, Sydney Carton, Grewgious) wordt hij milder. Die ontwikkeling is zichtbaar in zijn denkbeelden over de functie van de straf. Was hij aanvankelijk tegen de doodstraf en wilde hij de bestrafte misdadiger nog wel een kans geven (Jingle), al snel beperkte hij zijn tegenstand tot de openbaarheid van executie en zag hij de straf als een vergelding voor het leed dat de misdadiger het slachtoffer en in het slachtoffer de maatschappij had aangedaan.

Niet alleen Dickens zelf veranderde van mening over de noodzaak en het nut van straffen en over de aard van de misdadiger, ook de mening over Dickens als

‘strafrecht deskundige’ veranderde in de vorige eeuw. Met name Edmund Wilson⁵ en Humphry House⁶ stelden zich de vraag waarom Dickens zo geïnteresseerd, ja geobsedeerd was door de *criminal mind*. Waarom was *the attraction of the repulsion* bij hem zo sterk aanwezig? Wilson gaf een portret van de duistere, psychologisch gewonde Dickens die in sterk contrast staat met het Pickwick image van Chesterton. Was Dickens geen sociale mislukkeling die tussen de klassen was ingevallen en een eenzaam en ziek geestesleven leidde? Had hij eigenlijk wel voeling met de samenleving rondom hem heen gehad? Zo werd ‘*the great instructor of the 19th century*’, zoals The Times bij zijn dood schreef en ‘*Mr Popular Sentiment*’, zoals Anthony Trollope hem noemde, geherinterpreteerd tot een duistere geobsedeerde eenling die het contact met de maatschappij verloren had. Het is goed op te merken dat ook deze interpretatie die diametraal stond tegenover alles wat tevoren over Dickens was gezegd alleen tot stand kon komen door zijn literair talent waarmee hij zijn denkbeelden had verwoord.

Feit is dat Dickens in de loop van zijn leven een steeds grotere voorstander was van strenge straffen die als een reactie van de maatschappij op de misdaden golden. Met name met de moordenaar had hij weinig medelijden. ‘*Thus, murder remains, for him, in the first place a very wicked deed: only in the second place is it the product of an interesting abnormality of mind and circumstance: and never is this abnormality more pitiable than reprehensible.*’⁷ In genezing van de volwassen misdadiger zag hij niet veel en de preventie moest men zoeken in het onderwijs bij de jeugd en in het terugdringen van de armoede. Ook deze opvattingen van Dickens zijn tot ver na zijn dood invloedrijk geweest: in de twintigste eeuw werd de leerplicht ingevoerd en strekte het onderwijs zich meer en meer uit tot de lagere klasse, de armoede werd teruggedrongen en de straffen bleven tot ver in de eeuw streng tot zeer streng.

5 E. Wilson, ‘Dickens: the two Scrooges’, *The Wound and the Bow* 1941/1952.

6 H. House, *The Dickens World*, 1941.

7 P. Collins, *Dickens and Crime*, London 1965, p. 318.

9 Recht en verlichting

Montesquieu en het recht

René Foqué*

Die Pluralität von Denkformen () ist Gewaltenteilung im Reiche des Geistes: ihre Freiheitswirkung ist unüberbietbar aktuell. (Odo Marquard)¹

1. Inleiding

Het oeuvre van Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de Montesquieu (1689-1755) is niet gemakkelijk te interpreteren. Studie ervan confronteert de lezer al gauw met een aantal paradoxen en tegenstrijdigheden. In zijn *Dictionnaire Philosophique* levert Voltaire al meteen scherpe kritiek op de vele slordigheden in de bronvermelding en de talloze onnauwkeurigheden die zijn grote werk *De L'Esprit des Lois*, geschreven tussen 1745 en 1748, ontsieren. In de ogen van Voltaire was Montesquieu geen 'echte' geleerde, wiens werk gekenmerkt wordt door historische precisie. Hij zag in hem eerder een denker die gedreven werd door een grote humanistische overtuiging. Daarom loofde Voltaire Montesquieu's werk, ondanks zijn vlijmscherpe kritiek op zijn vele tekortkomingen en fouten. 'L'Esprit des Lois', zo schreef Voltaire, 'est écrit avec beaucoup d'esprit'. Tegen die achtergrond zegt Voltaire ook met grote overtuiging dat Europa de auteur eeuwige roem is verschuldigd omdat fanatici en voorstanders van slavernij en uitbuiting door hem genadeloos worden aangepakt: 'Montesquieu a presque toujours tort avec les savants, parce qu'il ne l'était pas; mais il a toujours raison contre les fanatiques et contre les promoteurs de l'esclavage: l'Europe lui en doit d'éternels remerciements'.²

2. Een gematigd Verlichtingsdenker

Met deze kritische typering geeft Voltaire scherp een van de redenen aan waarom Montesquieu niet zonder meer als een typische Verlichtingsdenker kan worden beschouwd. In zijn monumentale studie over de Verlichting noemt Jonathan Israel de positie van onze auteur 'a moderate stance', 'restricting reason's scope and apt for explaining why the moral, social, and political order should not be primarily

* Prof. dr. R. Foqué is hoogleraar rechtsfilosofie en rechtstheorie aan de Katholieke Universiteit Leuven en aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

¹ O. Marquard, 'Die Denkformen und die Gewaltenteilung', in: O. Marquard, *Individuum und Gewaltenteilung. Philosophische Studien*, Stuttgart: Reclam 2004, p. 122-123.

² Voltaire, *Oeuvres Complètes de Voltaire, avec des notes et une notice sur la vie de Voltaire* (J.C. Condorcet), Tome 8ième: *Dictionnaire Philosophique, II, Romans, Facéties*, Paris: Chez Furne 1935, p. 40.

based on the dictates of reason'.³ Het is inderdaad opvallend hoezeer Montesquieu zich verre probeert te houden van een geboorneerd rationalisme en individualisme. Dat sluit evenwel niet uit dat hij op zoek gaat naar de wijze waarop recht en politiek ingebed zijn in, én kunnen worden verklaard vanuit de zeden en gewoonten van een volk. Die zoektocht opent voor Montesquieu ook uitdrukkelijk de weg naar een rationele verklaring van recht en politiek, zoals die zich in feitelijke contexten ontwikkelen.⁴

Montesquieu zelf is hier zeer expliciet over. Hij beschouwt zichzelf haast een beetje 'displaced' in de tijd waarin hij leeft en werkt. In zijn *Pensées* schrijft hij hoezeer hij – tegen de nieuwe inzichten van zijn tijd in – geïnspireerd blijft door het denkperspectief van de oude Grieken en Romeinen omdat zij zo gedreven waren door het maatschappelijke ethos dat hun politieke en morele denken zin en betekenis kon geven. En hij verzucht:

'Aujourd'hui, nous n'avons d'estime que pour les sciences physiques, nous en sommes uniquement occupés, et le bien et le mal politiques sont, parmi nous, un sentiment, plutôt qu'un objet de connoissance. Ainsi, n'étant point né dans le siècle qu'il me fallait, j'ai pris (...) de me mettre dans l'esprit que, dans sept ou huit cents ans d'ici, il viendra quelque peuple à qui mes idées seront très utiles, et dans la petite portion de ce temps que j'ai à vivre, de faire pour mon usage un emploi actuel de ma modestie'.⁵

Het is opvallend hoezeer deze gedachte samen gelezen kan, en wellicht ook moet worden met het door Montesquieu met veel overtuiging verdedigde beginsel van 'l'implication du lecteur'. Op het einde van het 20^e hoofdstuk van boek 11 van *De L'Esprit des Lois* schrijft hij 'We hoeven een onderwerp niet altijd zo uitputtend te behandelen dat er voor de lezer niets meer te doen valt. Het gaat er niet om dat wordt aangezet tot lezen maar tot denken'.⁶ Dat wil zeggen dat hij niet zozeer gelezen wilde worden, in de vorm van tekstexegese, maar dat hij vooral wenste dat ieder die hem leest, door die lectuur zou worden aangesproken en zelf zou beginnen denken en meedenken in de nieuwe of andere context waarin hij nu of later in de geschiedenis te leven heeft.⁷ In die zin kan het werk van Montesquieu worden beschouwd als een 'klassiek' werk in de wijsgerig-hermeneutische betekenis van die uitdrukking. Zowel Hans-Georg Gadamer als Paul Ricoeur hielden hun studenten herhaaldelijk voor dat een klas-

3 J. Israel, *Democratic Enlightenment. Philosophy, Revolution, and Human Rights 1750-1790*, Oxford/New York: Oxford University Press 2011, p. 19.

4 Tzv. Todorov, 'Montesquieu', in: A. Renaut (red.), *Histoire de la Philosophie Politique, Tome II: Naissances de la Modernité*, Paris: Calmann-Lévy 1999, p. 384.

5 De *Pensées* die betrekking hebben op *De L'Esprit des Lois*, zijn in de Pléiade-editie van de verzamelde werken ondergebracht in *Dossier de L'Esprit des Lois: Montesquieu, Oeuvres Complètes*, Édition établie et annotée par Roger Caillols, Tome II, Paris: Pléiade/Gallimard 1951, p. 1039-1040.

6 Montesquieu, *Over de Geest van de wetten*, vertaald door Jeanne Holierhoek, Amsterdam: Uitgeverij Boom 2006, p. 253. We gebruiken ook in het vervolg van deze bijdrage de integrale Nederlandse vertaling van *De L'Esprit des Lois*, die in 2006 verscheen.

7 B. Binoche, *Introduction à 'De L'Esprit des Lois' de Montesquieu*, Paris: Presses Universitaires de France 1998, p. 17 e.v.

siek werk slechts goed kan worden geïnterpreteerd en begrepen als het kan worden ge-decontextualiseerd om vervolgens te worden ge-recontextualiseerd: 'Les classiques de la pensée ce sont les oeuvres qui, pour moi et d'autres, résistent à l'épreuve du changement. Ils sont toujours offerts à la lecture', aldus Ricoeur.⁸ Montesquieu's *De L'Esprit des lois* is bij uitstek een klassieker van het politieke en staatkundige denken. Hij nodigt ons uit om in de lectuur van zijn oeuvre op zoek te gaan naar de mogelijkheden die zijn denken ons kan bieden om ook in onze laat-moderne samenlevingen vorm te geven aan gematigdheid en maatschappelijk fatsoen.

Zo staat ook nu tegenover het onmiskenbaar gedateerd en voorbijgestreefd karakter van zijn analyses, die bovendien vaak feitelijk onjuist zijn, de blijvende relevantie van de cruciale thema's uit zijn werk: het ernstig nemen van maatschappelijk pluralisme, van de samenhang van vrijheid, veiligheid en sociale cohesie, van de noodzaak van een gematigde staat als voorwaarde voor een fatsoenlijke samenleving en zijn conceptie van wat recht daarin behoort te zijn.

Ten slotte is er nog een andere opvallende tegenstrijdigheid. Montesquieu's eigen politieke voorkeuren gingen opvallend in de richting van de klassieke monarchie, waarin zijn eigen klasse, die van de aristocratie, van de *noblesse de robe*, een centrale rol vervulde. Hij was sceptisch tegenover de opkomende democratie en hij raakte verward in een duidelijke polemiek met het zogenoemde nieuwe republicanisme, dat zich liet inspireren door het werk van Machiavelli.⁹ Tegen die achtergrond zou Montesquieu bepaald niet als een revolutionair maar eerder als een conservatief denker kunnen worden gekenmerkt. Uiteindelijk was en bleef hij in maatschappelijk opzicht enigszins een man van het *ancien régime*. Daar hoorde ook een zekere nostalgie bij voor de vergane evenwichten van de klassieke monarchie, en voor de positieve rol die hij toekende aan de *pouvoirs intermédiaires*, in het bijzonder ook die van de adel, of anders geformuleerd die van de aristocratie, om de gematigdheid van het monarchale stelsel maatschappelijk te ondersteunen.¹⁰ In hoofdstuk 4 van boek 2 formuleert hij dat als volgt: 'De meest voor de hand liggende ondergeschikte tussenmacht is die van de adel. De adel hoort in zekere zin tot het wezen van de monarchie, die als grondregel heeft: zonder monarch geen adel, zonder adel geen monarch; we spreken dan veeleer van een despoot.'¹¹ Het onmogelijk maken van de despotie was nu juist Montesquieu's grootste drijfveer: 'Mijn stelling is – en het komt mij voor dat ik dit hele werk slechts heb geschreven om deze stelling te bewijzen – dat in de wetgever een geest van gematigdheid dient te huizen.'¹²

8 P. Ricoeur, 'Entretien', in: O. Abel e.a. (red.), *La juste mémoire. Lectures autour de Paul Ricoeur*, Genève: Labor et Fides 2006, p. 211.

9 R. Shackleton, 'Montesquieu and Machiavelli: A Reappraisal', in: *Comparative Literary Studies* 1 (1964) 1, p. 1-13.

10 Zie in dit verband o.m. de boeiende Leuvense dissertatie van A. de Dijn, *French Political Thought from Montesquieu to Tocqueville. Liberty in a Levelled Society?*, Cambridge/New York: Cambridge University Press 2008, i.h.b. p. 11-39, waar zij het proces analyseert van *the invention of aristocratic liberalism*.

11 Montesquieu, vertaling 2006, p. 57.

12 Aldus Montesquieu naar het einde toe van zijn grote werk in hoofdstuk 1 van boek 29: p. 718.

Montesquieu's grote ambitie was het om een rationele verklaring te vinden voor de noodzaak van een gematigde staatsvorm. Hij doet dat tegen de traditie in van het *raison d'état* denken à la Machiavelli, die zocht naar doeltreffende wegen om maatschappelijke verdeeldheid beheersbaar te houden en daarbij niet meteen streefde naar gematigdheid. In dat laatste ligt Montesquieu's originele, en op het eerste gezicht paradoxale bijdrage aan het gematigde Verlichtingsdenken. Om die ambitie te kunnen waarmaken, gaat hij op zoek naar een daartoe geëigende methode, die buitengewoon vernieuwend is en nog steeds actuele relevantie heeft. Ook op dat laatste – methodologische – niveau kan Montesquieu zonder enige twijfel worden beschouwd als een echte Verlichtingsdenker.

3. Een revolutie in de methode

Tegenover Montesquieu's maatschappelijk conservatisme staat inderdaad zijn vernieuwend methodologisch inzicht. In zijn boeiende studie over Montesquieu wijst Louis Althusser op deze tegenstrijdigheid. Hij spreekt kritisch over het *parti pris* van Montesquieu, maar analyseert tegelijk wat hij diens *révolution dans la méthode* noemt.¹³ De Franse civilist Jean Carbonnier spreekt zelfs van *une audace épistémologique*, een haast vermetele intellectuele moed in de wijze waarop Montesquieu zijn staatkundige inzichten fundeert en ontwikkelt. En juist daardoor ontwikkelt deze gematigde intellectueel zich tot een echte revolutionaire denker.¹⁴

Tegen die achtergrond had zijn werk ook een belangrijke didactische bedoeling. Hij wilde de lezer tot een alert en actief burger maken die in staat is om trefzeker op het spoor te komen van de *geest der wetten* die een gematigde staatsvorm en een fatsoenlijke samenleving nodig hebben. Hij nodigt ons uit om in de lectuur van zijn oeuvre op zoek te gaan naar de mogelijkheden die zijn denken ons – over de eeuwen heen – kan bieden om ook in onze laat-moderne samenlevingen vorm te geven aan gematigdheid en maatschappelijk fatsoen. Die mogelijkheden worden toegankelijk gemaakt in zijn revolutionaire onderzoeksmethode. Wat zijn de ingrediënten van die revolutionaire methode?

Het eerste kenmerk van zijn methode is dat hij het vertrekpunt van zijn onderzoek niet zoekt in de metafysica, maar in de empirische ervaring tijdens zijn vele reizen en tijdens het lezen van historische processen. Montesquieu is geen metafysicus die zich opsluit in de begripshemel van de filosofie, ook niet in die van een natuurrechtelijk funderingsdenken, ofschoon hij wel een sterk gevoel had voor universalia die in een veelheid van ervaringen en contexten feitelijk te ontwaren zijn. Die belangstelling bevindt zich in de traditie van een van zijn grote inspiratoren: de Franse 17^{de}-eeuwse jurist Jean Domat, vertrouweling van Pascal en van de school van Port

13 L. Althusser, *Montesquieu. La politique et l'histoire*, Paris: Presses Universitaires de France 1974, resp. p. 109-122 en p. 11-27.

14 J. Carbonnier in zijn inleiding tot de Montesquieu-studie van Simone Goyard-Fabre, *La philosophie du droit de Montesquieu*, Paris: Librairie Klincksieck 1979, p. 10.

Royal. Montesquieu was ongetwijfeld zeer vertrouwd met diens werk¹⁵ en het is zelfs zeer waarschijnlijk dat hij de titel van zijn grote werk ontleend heeft aan de titel van het hoofdstuk *De la nature et de l'esprit des lois* in Domat's *Les Loix Civiles dans leur Ordre Naturel*.¹⁶ Montesquieu schaart zich achter het humanisme van Domat en achter diens streven naar verstandelijk inzicht in de grondslagen van recht en staat. In tegenstelling tot Domat evenwel was hij de mening toegedaan dat de pluraliteit van opvattingen over de goede samenleving een rijker uitgangspunt kan opleveren voor inzicht in de universalia van dat samenleven dan een dogmatische natuurrechtelijke leerstelling. Hierin toont hij zich opnieuw een kind van zijn Verlichtings-tijd. De Verlichtingsdenkers waren immers gefascineerd door het reizen en door de behoefte om de wereld 'te vertellen'.¹⁷ Zij hielden van de diversiteit in zeden en gewoonten, van het vreemde en van de inspirerende ervaring van het andere. Door het ernstig nemen van de ervaring van verscheidenheid en pluraliteit – zo meenden zij – kon de geest worden bevrijd uit de beknelling van abstracte dogma's en van wijsgerige vooroordelen. De universaliteit van algemene beginselen van rechtvaardig samenleven en de wijze waarop de menselijke rede werkzaam is in de verscheidenheid van culturen, dient op een andere wijze dan die van de metafysische of natuurrechtelijke speculatie te worden ontdekt. De toegang tot de menselijke rede ligt in de veelheid en in de variëteit van levenswijzen, van gewoonten en van ervaringen, niet in de vermeende eenheid van vooropgestelde ideeën.¹⁸

4. Nieuwe visie op de status van het natuurrecht

Precies op dit punt profileert Montesquieu zich als een moralist, waarmee niet wordt bedoeld dat hij zijn denken en doen uiteindelijk baseerde op het eigen vermeende morele gelijk, maar uitdrukkelijk een denker was die zijn vertrekpunt en daarmee ook zijn belangrijkste interesse vond in de mores, de zeden en gewoonten waarin recht en politiek hun verklarende bedding vinden. Zijn sympathiserende visie op het natuurrecht dient in dat perspectief te worden begrepen. Enerzijds is er zijn expliciete uitspraak, reeds aan het begin van *De L'Esprit des Lois*, in boek 1: 'Wie beweert dat er geen recht of onrecht is buiten wat in het positieve recht wordt opgelegd of verboden, die beweert eigenlijk dat niet alle stralen gelijk waren voordat de eerste cirkel was getrokken'.¹⁹ Kortom: ontkenning van elke vorm van natuurrecht is dom en non-sensicaal. Dat wil echter niet zeggen dat het natuurrecht tot vertrekpunt van

15 S. Goyard-Fabre, *Montesquieu: la Nature, les Lois, la Liberté*, Paris: Presses Universitaires de France 1993, in het bijzonder de paragraaf 'Montesquieu, lecteur de Jean Domat', p. 70-85.

16 R. Shackleton, *Montesquieu. A Critical Biography*, Oxford: Oxford University Press 1961, p. 247-248. J. Domat, *Traité des Lois* (oorspronkelijk gepubliceerd in 1777), Caen: Presses Universitaires de Caen 2002, p. 36.

17 D. Poulot, *Les Lumières*, Paris: Presses Universitaires de France 2000, p. 142-153.

18 Zie hierover reeds: R. Foqué, 'Evenwicht van machten en rechtsstatelijke vernieuwing', in: A. Alen e.a. (red.), *De Trias Politica* ruimer bekeken. Staatsrechtconferentie 1999 Vlaamse Juristenvereniging, Brussel: Larcier 2000, p. 5.

19 Montesquieu, vertaling 2006, p. 42.

redeneren dient te worden genomen, van waaruit het positieve recht deductief zou behoren te worden afgeleid.

De gezaghebbende Montesquieu-biograaf Robert Shackleton heeft aan deze problematiek een heldere analyse gewijd. Zijn eerste vaststelling is dat Montesquieu totaal niet geïnteresseerd was in speculaties over de pre-maatschappelijke toestand waarin het menselijke samenleven zich mogelijkwerwijze heeft bevonden, zoals de denkers van het sociale contract dat wél waren in hun beschrijving van de natuurstoestand. Montesquieu achtte dit een onjuiste en onvruchtbare benadering. Shackleton's tweede overweging betreft meer in het bijzonder het grote theologische meningsverschil van Montesquieu met zijn voorganger Domat. Voor deze laatste gold de stelling dat het geloof in God en Gods plan met de schepping de eerste bron van politiek en juridisch handelen hoorden te zijn. Montesquieu daarentegen was de mening toegedaan dat het geloof in God weliswaar belangrijk was, maar in de chronologie van denken bepaald niet de eerste fase: 'belief in God, though it may be the most important natural law, is not chronologically the first'.²⁰ Het geloof in God, en dus in de daarmee samenhangende normen van het natuurrecht, is voor Montesquieu geen normatieve wet, maar eerder gebaseerd op de vaststelling dat de menselijke bestaanswijze feitelijk wordt gekenmerkt door eerbied voor God en zijn scheppingsplan. Kortom: het natuurrecht is voor hem geen normatief vertrekpunt van redeneren, maar een geheel van feitelijke, descriptieve uitspraken.²¹ Dat alles resulteert in een denkmethode die empirisch kan worden genoemd en waarin de natuurrechtelijke universalia niet als gezaghebbende bron voor deductief redeneren horen te functioneren, maar eerder inductief kunnen worden opgespoord.

5. Inductief, comparatief en typologiserend denken

Bovenal was Montesquieu een reiziger en een denker die zijn vertrekpunt zocht in de waarneming en in de concrete ervaringswereld, in de concrete geplogenheden van mensen en culturen. Zijn *De L'Esprit des Lois* is één groot reisverslag van zijn reizen in de wereld van zijn tijd en van zijn 'lezend reizen' in de geschiedenis.²² Zoals eerder opgemerkt: Montesquieu's denken is niet primair deductief, maar sterk inductief.²³ Hoe kunnen in een veelheid van waarnemingen de wetmatigheden gevonden worden die er in werkzaam zijn? Montesquieu doet dat door reizend in de wereld van zijn tijd en lezend in de geschiedenis zo veel mogelijk feitelijke gegevens te verzamelen omtrent de zeden en gewoonten in bepaalde culturen, omtrent de wijze waarop mensen met elkaar omgaan, welk zelfbeeld ze er in hun specifieke cultuur op na houden, in welk politiek regime ze leven, hoe hun samenleving staatkundig

²⁰ R. Shackleton 1961, p. 249.

²¹ R. Shackleton 1961, p. 248-253.

²² M. Dodds, *Les récits de voyage. Sources de L'Esprit des Lois de Montesquieu*, Paris: Librairie Ancienne Honoré Champion 1929.

²³ In wat volgt, wordt gebruikgemaakt van wat reeds werd beschreven door Foqué in: Alen e.a. 2000, p. 13-17.

georganiseerd is en welke betekenis er aan het recht wordt toegekend. Die werkwijze maakt Montesquieu tot een duidelijke voorloper van de latere sociologische methode, zoals Emile Durkheim heeft opgemerkt in zijn dissertatie uit 1892, die voor het belangrijkste deel hieraan was gewijd.²⁴

Vervolgens gaat hij de veelheid van gegevens, indrukken en commentaren die hij heeft verzameld ordenen, vergelijken, en typologiseren. Op die wijze weet hij gelijkenissen en verschillen op het spoor te komen tussen situaties en culturen, regimes en maatschappijmodellen, bestuursvormen en rechtsopvattingen die op het eerste gezicht niets of weinig met elkaar te maken lijken te hebben. Het inductief bereflecteren en bevragen van de bonte ervaringswereld leidt evenwel tot een ander inzicht. Zijn methode daarbij is die van – *avant la lettre* – de culturele antropologie, de verklarende sociologie en de rechtsvergelijking. Montesquieu was door zijn bewuste en expliciete comparatieve methode inderdaad niet alleen een van de eerste cultureel antropologen, maar vooral een van de eerste rechtsvergelijkers.²⁵ Die comparatieve methode brengt hem uiteindelijk tot de bekende conclusie in zijn *De l'Esprit des Lois* dat alle – historisch zowel als actueel – waarneembare staatsvormen variaties zijn van wat later Max Weber zal aanduiden als drie *ideaaltypen*: de monarchie, de despotie en de republiek. De filosoof Ernst Cassirer aarzelt dan ook niet om Montesquieu te beschouwen als een wegbereider voor Max Weber's latere methode van de ideaaltypologie:

‘Man kan von Montesquieu sagen, dass er der erste Denker ist, der den Gedanken des historischen ‘Idealtypus’ gefasst, und der ihn klar und sicher ausgeprägt hat. Der ‘Geist der Gesetze’ ist eine politische und soziologische Typenlehre. Was hier gezeigt und was streng bewiesen werden soll, ist dies, dass die politische Gebilde, die wir mit dem Nahmen der Republik, der Aristokratie, der Monarchie, des Despotismus bezeichnen, keine blossen Aggregate sind, die aus bunt zusammengewürfelten Einzelheiten bestehen, sondern dass jedes von ihnen gewissermassen präformiert, dass er Ausdruck einer bestimmten Struktur ist.’²⁶

Met zijn typologiserende methode denkt Montesquieu in rationeel kenbare structuren en dat maakt zijn typologie van staatsvormen fundamenteel verschillend van eerdere typologiseringen die reeds in de antieke wereld werden gemaakt.²⁷ Ook hier profileert Montesquieu zich als een echte Verlichtingsdenker.

24 E. Durkheim, *Montesquieu et Rousseau, précurseurs de la sociologie*, Paris: Librairie Rivière 1953.

25 J.-P. Noboyet, ‘Montesquieu et le droit comparé’, in: L. Julliot de la Morandière e.a., *La Pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu. Bicentenaire de L'Esprit des Lois 1748-1948*, Paris: Recueil Sirey 1952, p. 255-271. R. Launay, ‘Montesquieu: The specter of despotism and the origins of comparative Law’, in: A. Riles, *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Oxford/Portland: Hart Publishing 2001, p. 22-38. M. Van Hoecke, ‘Montesquieu en de rechtsvergelijking’, in: M.-Cl. Foblets e.a. (red.), *Liber Amicorum René Foqué*, Brussel/Den Haag: Larcier/Boom 2012, p. 647-656.

26 E. Cassirer, *Die Philosophie der Aufklärung*, Tübingen: Mohr 1973, p. 281.

27 Bij oppervlakkige lectuur is het evenwel opvallend hoezeer Montesquieu's typologisering veel gelijkenis vertoont met die van Aristoteles, *Politics*, Loeb Classical Library, Cambridge Mass./London: Harvard University Press 2005, p. 203 e.v. (1279a).

6. Holistisch denken

Recht, staat en politiek zijn voor Montesquieu cultuurfenomenen, die als zodanig met elkaar zijn vervlochten en elkaar wederzijds beïnvloeden. Zij vormen onderdelen van wat wij – enigszins anachronistisch – een *omvattende en complexe constellatie* zouden kunnen noemen. Zo was Montesquieu – op basis van zijn waarnemingen – ervan overtuigd dat het recht steeds onderdeel is van een omvattender stelsel, waarvan de verschillende componenten onderling van elkaar afhankelijk zijn, niet in een mono-causaal éénrichtings-afhankelijkheid, maar in een complexe onderlinge *interdependentie*. De ervaring leert – aldus Montesquieu – dat een bepaald politiek regime, een bepaalde staatkundige vormgeving, een specifiek rechtsbegrip, een welbepaald mensbeeld en zelfbeeld van de burger, een even welbepaald maatschappijbeeld, steeds van elkaar afhankelijk zijn en elkaar wederzijds bepalen. Zo hebben mensen een heel ander zelfbeeld en een heel ander idee van burgerschap, gaan zij anders met elkaar om en vormen zij een ander sociaal weefsel, afhankelijk van het politiek regime waarin zij leven en van het staatkundige verband en de rechtsorde waartoe zij behoren. Maar ook omgekeerd. In een republiek is dat anders dan in een monarchie en in een despotie weer anders dan in een monarchie of in een republiek. Zo heeft elke constellatie zijn eigen specifieke *natuur*, zijn eigen *aard der dingen*, die bepalend is voor elk van de genoemde componenten. Om die reden zouden we Montesquieu's methode *holistisch* kunnen noemen. In het ideaaltipe van de republiek als gematigde staatsvorm vindt het samengaan van burgerlijke vrijheid en pluralisme zijn concrete verwerkelijking op het kruispunt van de aard en het beginsel van de republiek. De aard van gematigdheid wordt in een republiek immers gedynamiseerd door actieve betrokkenheid van burgers op de instellingen die haar dragen. Daarvoor is een vruchtbare context vereist. Montesquieu's rechtsbegrip hangt hier rechtstreeks mee samen.

7. Relationale rechtsopvatting

Tegen de achtergrond van Montesquieu's revolutie in de methode, moet zijn beroemde definitie van de wetten worden begrepen: 'In de ruimste betekenis van het woord zijn de wetten de noodzakelijke verhoudingen die uit de aard der dingen voortvloeien.'²⁸ Dat geldt voor alle fenomenen. Dat leert ons immers een inductieve reflectie op de wereld om ons heen. Het recht neemt daarin een bijzondere plaats in. Het recht formuleert dan als het ware de natuur, de eigen aard van een bepaalde constellatie.

De geciteerde definitie vraagt, in het licht van het voorgaande en voor een goed begrip, om enig commentaar op de afzonderlijke termen die erin worden gebruikt. In de eerste plaats *les lois*. Het woord *lois* kan hier niet zonder meer worden vertaald met *de wetten*, maar eerder met *het recht*. Consequentie van Montesquieu's kritiek op de oude soevereiniteitsleer is dat hij hier niet primair het oog heeft op recht als

²⁸ Montesquieu, vertaling 2006, p. 41.

wetgeving of als *regelgeving*, zoals dat in de 19de eeuwse legalistische betekenis van de wet opnieuw werd gesuggereerd. De klakkeloze identificatie van recht en wet, zoals die Montesquieu steeds weer ten onrechte in de schoenen wordt geschoven, is inderdaad een product van de post-revolutionaire, 19de eeuwse idee van de volkssoevereiniteit als de ene en ondeelbare wetgever. In de tweede plaats karakteriseert Montesquieu het recht als *rappports*, verhoudingen, die – in de derde plaats – *nécessaires* zijn, noodzakelijk voor een bepaalde constellatie. Zij zijn immers af te leiden – in de vierde plaats – uit de *nature des choses*, de eigen aard van die constellatie. De gematigde staatsvorm wordt gekenmerkt door specifieke verhoudingen tussen burgers onderling, tussen burgers en overheid en tussen de verschillende machten die samen de overheidsmacht vormen. Het recht formuleert die specifieke verhoudingen en institutionaliseert hen in afdwingbare normen.

Montesquieu's rechtsopvatting is een *relationele opvatting*. Daarin wordt de rechtsorde opgevat als een levend organisme van onderling met elkaar verweven rechtsbetrekkingen, en niet als een geheel van bevelen en verboden, van eenvoudige gedragsvoorschriften zoals dat in een imperativistische rechtsopvatting het geval is.

8. Constitutionalisme

De door Montesquieu omarmde relationele rechtsopvatting vormt tevens de kern van wat zich langzaam maar zeker gaat ontwikkelen als constitutionalisme, de bakermat voor de latere ontwikkeling van een theorie van rechtsstatelijkheid. Het constitutionalisme vormt in Montesquieu's rechtsopvatting de draaischijf waarop een gematigde staatsvorm pas ten volle kan gedijen. De drie belangrijkste componenten van constitutionalisme worden gevormd door – in de eerste plaats – de beperking van overheidsmacht via het institutionaliseren van gedeelde soevereiniteit door intern machtsevenwicht. De beroemde *trias politica* is hier de uitwerking van. In de tweede plaats zal het constitutionalisme tevens een geheel van grondrechten voor burgers omvatten, dat hen in staat stelt om deel te nemen aan het proces van politieke wilsvorming. In de derde plaats wordt in het constitutionalisme de bedding gelegd voor een samenhangend geheel van fundamentele rechtsbeginselen, die meer en meer beschouwd kunnen worden als een juridische institutionalisering van klassieke deugden. Door constitutionalisering winnen die deugden aan zeggingskracht en reiken zij voor burgers en overheden erkenbare handvatten aan ter versterking van reflexiviteit in het publieke domein. Reflexiviteit houdt dan het vermogen in om het eigen handelen en beslissen te kunnen waarderen in het perspectief van gezamenlijke en erkenbare waardenoriëntaties. Reeds in Montesquieu's constitutionalisme vormde een dergelijke reflexiviteit een noodzakelijke voorwaarde voor het in stand houden van een gematigde staat in een pluralistische en fatsoenlijke samenleving.²⁹

²⁹ Zie reeds R. Foqué, 'Over de verhouding tussen politieke en juridische macht in de democratische rechtsstaat', in: Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, *Beginselen onder de boom*, Kerst-special/Bijlage bij Trema. Tijdschrift voor de Rechterlijke Macht december 2013, p. 14-15.

Deze driedelige betekenis van het constitutionalisme – begrenzing van overheidsmacht, respect voor grondrechten en voor algemene rechtsbeginselen – maakt het mogelijk dat zowel overheidsinstellingen als burgers zich kritisch kunnen verhouden tot het eigen handelen en beslissen. Dat is een van de belangrijkste lessen die uit Montesquieu's constitutionalisme kan worden getrokken. Daarin ligt immers het niet te overschatten belang besloten van wat een constitutionele cultuur zou kunnen worden genoemd. Een dergelijke cultuur dient alle bloedvaten van het bestel, maar ook van verantwoord burgerschap én leiderschap, te doorstromen. Alleen dan wordt het mogelijk dat – ook in crisismomenten en in de *hard cases* van onze laat-moderne maatschappij – het kompas reflectief gericht blijft op machtskritische evenwichten, op grondrechten en algemene beginselen van behoorlijkheid.³⁰ Samen geven zij immers uitdrukking aan de waardenoriëntaties, het ethos van onze samenleving, dat op zijn beurt kan functioneren als een soort grammatica voor het articuleren en beleven van pluralisme en gematigdheid.

Uit Montesquieu's op grond van empirische waarneming gegroeide opvattingen kunnen we leren dat de termen *constitutionalisme* en *constitutie* evenwel niet met elkaar mogen worden gelijkgesteld.³¹ De *constitutie* verwijst in eerste instantie naar een document, een geschreven grondwet, die als de hoogste wet in een staat geldt en die als zodanig het eigen karakter en de eigen organisatie van die staat weergeeft. Twee betekenissen van wat onder een *constitutie* kan worden verstaan grijpen hier in elkaar, maar beide betekenissen zijn in ons staatkundige denken ook vaak met elkaar in conflict geraakt.³² Een eerste opvatting legt de nadruk nagenoeg uitsluitend op het institutionele karakter van een *constitutie* en op zijn functie als ordeningsinstrument van de staat. Het gaat dan vooral om het tot stand brengen van politieke eenheid en ordening, vaak ten koste van verscheidenheid van opvattingen en gedragswijzen in de samenleving.³³ Een dergelijke opvatting grijpt uitdrukkelijk terug op de traditie van Hobbes en Hegel en zij vindt haar meest grondige heden-daagse uitwerking in Carl Schmitt's *Verfassungslehre*, een van de sleutelteksten van een autoritaire staatsleer.³⁴ In een tweede opvatting wordt meer nadruk gelegd op de normatieve betekenis van de hoogste wet in de staat. De focus wordt dan gericht op het gemeenschapsstichtende karakter ervan en op de vraag hoe het evenwicht tussen staatsmacht en burgerparticipatie behoort te worden vormgegeven. Om dat te kunnen realiseren staan in deze tweede opvatting van wat een *constitutie* behoort te zijn twee perspectieven centraal. Het gaat er enerzijds om de beperking van de staatsmacht en anderzijds om het garanderen van de vrijheid en de autonomie van de actieve en betrokken burger.

30 W. van Gerven, *Beginselen van behoorlijk handelen*, Gent: Story Scientia 1983.

31 O. Beaud, 'La notion de constitution chez Montesquieu. Contribution à l'étude des rapports entre constitution et constitutionnalisme', in: D. Murswiek e.a. (Hrsgn.), *Staat-Souveränität-Verfassung. Festschrift für Helmuth Quaritsch zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot 2000, p. 407-448.

32 Ik sluit hier nauw aan bij de voortreffelijke analyse van Olivier Beaud in zijn artikel 'Constitution et constitutionalisme', in: Ph. Raynaud & S. Rials (red.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris: Presses Universitaires de France 1996, p. 117-126.

33 M. Fioravanti, 'Costituzione e Stato di diritto', in: *Filosofia Politica* 1991, 2, p. 325 e.v.

34 C. Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin: Duncker & Humblot 1970 (1928).

Constitutionalisme daarentegen is een veel ruimer begrip dan dat van de constitutie. Het is overigens opmerkelijk dat Montesquieu in zijn vroegere werk weinig expliciete aandacht besteedt aan het constitutionalisme. Pas in zijn *De L'Esprit des Lois* wordt het een centraal thema van zijn denken. Dat hangt ten nauwste samen met het methodologisch breed opgezette onderzoek dat hij daar presenteert naar het uiteenlopende karakter van politieke regimes en regeringsvormen.

9. Aard en beginsel

Constitutionalisme betreft niet zozeer de hoogste wet in een bepaalde staat, aldus Montesquieu, maar het duidt eerder op de eigen aard, de natuur, van een bepaald regime, waarvan een bepaalde nationale staat een specifieke variant en inkleuring vertegenwoordigt, en op het beginsel dat het in werking zet. In zijn typologie van politieke regimes maakte hij een onderscheid tussen de aard en het beginsel van elke van de door hem onderscheiden regeringsvormen.

‘Het verschil tussen de aard en het beginsel van een staatsvorm is dat de aard de staatsvorm doet zijn wat hij is, terwijl het beginsel de staatsvorm tot leven brengt. Het ene is de specifieke structuur van de staatsvorm, terwijl het andere bestaat in de menselijke drijfveren die zorgen dat er beweging in de staatsvorm is’,

aldus Montesquieu in hoofdstuk 1 van boek 3.³⁵ Zijn typologie in drie onderscheiden regeringsvormen is bekend: de republikeinse, de monarchale en de despotische. Elk van deze drie heeft een eigen specifieke aard, die hij als volgt omschrijft:

‘In de republikeinse staatsvorm ligt de soevereine macht bij het volk in zijn geheel, of minstens bij een deel ervan: in de monarchie bestuurt één persoon, maar wel krachtens onveranderlijke, vastgelegde wetten; terwijl in de despotie één persoon, zonder wet of regel, de heerschappij voert naar eigen wil en gril.’³⁶

Essentieel voor de aard van een democratie is, aldus Montesquieu, het actief en passief kiesrecht, met andere woorden: politieke en burgerlijke rechten. In een democratie is het bestuur toevertrouwd aan de burgers. Dat vraagt om specifieke deugden, die het beginsel van de democratie vormen. Het gematigde karakter van een democratische republiek veronderstelt in zijn denken dus een sterke notie van burgerschap. Dat laatste verbindt zijn benadering sterk met de Atheense/Aristotelische traditie. Een dergelijke sterke notie van burgerschap kan dan ook niet beperkt blijven tot het nogal geïsoleerde juridische perspectief van het actief en passief kiesrecht.³⁷

35 Montesquieu, vertaling 2006, p. 61, en Montesquieu voegt er in een voetnoot aan toe dat hij dit een zeer belangrijk onderscheid vindt, waar hij tal van conclusies aan zal verbinden. ‘Het is de sleutel tot tal van wetten’, stelt hij.

36 Montesquieu, vertaling 2006, p. 48.

37 C. Larrère, *Actualité de Montesquieu*, Paris: Presses de Sciences Po 1999, p. 97 e.v.

Dat zou een te schrale notie van burgerschap inhouden en daarom ook niet goed werkzaam kunnen zijn. Voor dat laatste is een sterkere notie van burgerschap nodig. Een democratie zal slechts kunnen functioneren als burgers worden gedreven door sterk ontwikkelde politieke deugden, door een grote liefde voor het vaderland en zijn instellingen.

De natuur van een democratie, aldus Montesquieu, kan slechts functioneren door de werking van een bepaald beginsel. Voor de despotie is dat het beginsel van de angst, voor de monarchie dat van de eer. Voor een democratie is dat – zoals gezegd – de deugd: ‘In een democratie is nog een extra drijfveer nodig, en wel de deugd’, en hij voegt er al gauw de volgende realistische waarschuwing aan toe:

‘Wanneer deze deugd verdwijnt, neemt de ambitie haar intrek in de harten die er ontvankelijk voor zijn, en maakt de hebzucht zich meester van iedereen. De verlangens richten zich op andere objecten: voor wat men voorheen liefhad, heeft men nu geen waardering meer; men was vrij in overeenstemming met de wetten, maar men wil vrij zijn tegen de wetten in.’³⁸

Deze laatste waarschuwing geeft tegelijk aan hoezeer Montesquieu sceptisch bleef ten aanzien van de concrete levensvatbaarheid van een democratie. Zij vraagt erg veel politieke deugden van burgers, die gauw in de verleiding kunnen komen om uiteindelijk hun eigenbelang toch hoger te stellen dan het algemeen belang. Montesquieu’s conceptie van democratie heeft sterk republicanistische trekken. Tegelijk blijft hij er ambivalent en sceptisch tegenover staan.³⁹ Juist omwille hiervan, wijdt hij heel wat aandacht aan opvoeding en aan vorming in burgerschap opdat burgers hun burgerdeugden sterk zouden kunnen blijven ontwikkelen. Montesquieu dringt er sterk op aan dat de wetten aangaande de opvoeding duidelijk dienen te stroken met het beginsel van de staatsvorm. In een democratie zal liefde voor de wetten moeten worden bijgebracht:

‘Een dergelijke liefde, die wil dat het algemeen belang voortdurend voorrang krijgt op het eigen belang, voert aldus tot alle specifieke deugden, die niets anders zijn dan het geven van die voorrang. Deze liefde hoort heel in het bijzonder bij een democratie, want alleen daar neemt iedere burger deel aan het bestuur. En met een bestuur is het zoals met alles op de wereld: het blijft slechts in stand als het liefdevol wordt gekoesterd.’⁴⁰

Een dergelijke liefde en het vertrouwen dat daarbij hoort, kunnen niet worden beschouwd als een rustig bezit. Zij vragen om aangehouden investeringen zowel van de burgers zelf als van de instituties van het publieke bestel. De boodschap

³⁸ Montesquieu, vertaling 2006, p. 62-63.

³⁹ J.N. Shklar, *Montesquieu*, Oxford/New York: Oxford University Press 1987; J.N. Shklar, ‘Montesquieu and the New Republicanism’, in: J.N. Shklar, *Political Thought and Political Thinkers* (St. Hoffmann (ed.)), Chicago/London: The University of Chicago Press 1998, p. 244-261.

⁴⁰ Montesquieu, vertaling 2006, p. 77-78.

– ook voor onze laat-moderne democratieën – is duidelijk: gerichte investeringen zijn nodig om zowel de integriteit van de staatsmacht, als een vertrouwenwekkende vorm van burgerschap te verzekeren. Precies daarom hecht Montesquieu zoveel belang aan een goed ontwikkeld onderwijs- en opvoedingssysteem. Zij vormen de noodzakelijke voorwaarden voor een duurzame democratie op basis van deugdelijk burgerschap. Het is in de opvoeding dat liefde en passie voor gematigdheid en pluralisme moeten worden verworven. Ook dat verbindt Montesquieu sterk met het klassieke Atheense inzicht dat een democratie nood heeft aan *paideia*, aan opvoeding tot burgerschap en tot het vermogen om reflectief afstand te kunnen nemen van het directe eigenbelang en om op basis van dat reflectieve vermogen het eigen functioneren te kunnen plaatsen in het perspectief van het algemeen belang.⁴¹

Precies door het ontwikkelen van een vermogen tot reflexiviteit wordt een van de noodzakelijke voorwaarden vervuld voor burgerlijke vrijheid. De deugd die daarvoor nodig is als drijvend beginsel is uitdrukkelijke politiek van aard: ‘Het gaat hier niet om een morele of christelijke deugd, maar om de politieke deugd; de drijfveer die het republikeinse staatsbestel in beweging houdt’, stelt Montesquieu al meteen in de inleiding tot zijn grote boek, en hij voegt er met een zekere combativiteit aan toe:

‘Ik heb nieuwe ideeën ontwikkeld; daarom moest ik nieuwe woorden vinden, of reeds bestaande woorden gebruiken in een nieuwe betekenis. Mensen die dit niet hebben begrepen, hebben me absurde uitspraken toegeschreven, die in alle landen ter wereld verontwaardiging zouden wekken.’⁴²

10. Vrijheid en pluralisme

De idee van pluralisme vormt de ervaringsachtergrond voor de politieke idee van vrijheid, hét liberale thema bij uitstek. In haar studies over Montesquieu heeft de Franse filosofe Simone Goyard-Fabre Montesquieu’s vrijheidsbegrip gekarakteriseerd als een bij uitstek politiek-juridisch begrip: ‘La liberté dont parle Montesquieu n’est pas une liberté métaphysique ou morale, abstraite et impersonnelle, enveloppée d’un inéliminable mystère ontologique. Elle est une liberté réelle, que l’expérience quotidienne soumet à l’épreuve de vérité.’⁴³ Montesquieu maakt van de vrijheid dé constitutionele kwestie *par excellence*.

In hoofdstuk 6 van boek 11 staat de volgende, welbekende karakterisering van de politiek-juridische vrijheid: ‘De politieke vrijheid van de burger verschaft de gemoedsrust die voortkomt uit een persoonlijk gevoel van veiligheid; en om die vrijheid te bereiken dient het bestuur zodanig te zijn ingericht dat de ene burger de andere niet hoeft te duchten.’⁴⁴ Alvast twee opmerkingen hierbij. In de eerste

41 W. Jaeger, *Paideia. Die Formung des Griechischen Menschen*, Berlin: Walter de Gruyter 1954, Band I, p. 1-20 en 140-205.

42 Montesquieu, vertaling 2006, p. 33.

43 S. Goyard-Fabre, *Montesquieu, la nature, les lois, la liberté*, Paris: Presses Universitaires de France 1993, p. 155.

44 Montesquieu, vertaling 2006, p. 219.

plaats wijst Montesquieu hier op de verwevenheid van vrijheid en veiligheid, maar op een totaal andere wijze dan Thomas Hobbes dat in zijn *Leviathan* ook deed. Voor die laatste kon veiligheid alleen duurzaam worden verworven door een totale onderwerping aan de absolute vorst. Voor Montesquieu daarentegen is vrijheid de tegenpool tegenover angst, de passie, het beginsel dat de despotische staatsvorm tot leven brengt. Angst ontnemt mensen hun burgerschap, omdat het hen blind maakt voor de waarden van het samenleven. In de tweede plaats wijst Montesquieu hier op de noodzaak van werkzame instituties en procedures op het niveau van het openbaar bestuur die een dergelijke vrijheid moeten kunnen garanderen. Met andere woorden: geen vrijheid zonder constitutioneel verankerde rechtsbescherming.

Vrijheid en pluralisme zijn met elkaar verbonden. Die verbondenheid wordt in Montesquieu's denken verankerd in twee fundamentele vormen van evenwichtsdenken.

In de eerste plaats in de vorm van de beroemde *trias politica*, waarin politiek-staatkundige evenwichten worden uitgetekend, die vooral het vrijheidsperspectief betreffen:

‘Er is geen vrijheid wanneer de wetgevende en de uitvoerende macht in dezelfde persoon of in hetzelfde bestuursorgaan zijn verenigd, want in zo'n geval valt te vrezen dat een en dezelfde vorst, of een en dezelfde senaat, tirannieke wetten zal uitvaardigen om ze vervolgens op tirannieke wijze toe te passen. Evenmin is er vrijheid wanneer de rechtsprekende macht niet gescheiden is van de wetgevende en uitvoerende macht. Bij een samenvoeging van rechtsprekende en wetgevende macht zouden de macht over leven en dood en de vrijheid van de burgers aan willekeur zijn overgeleverd, want de rechter zou dan tevens wetgever zijn. Bij een samenvoeging van rechtsprekende en uitvoerende macht zou de rechter de kracht van een onderdrukker krijgen.’⁴⁵

Burgerlijke vrijheid kan enkel worden gegarandeerd en afgedwongen in een constitutioneel stevig verankerd systeem van rechtsbescherming, wanneer de staatsmacht wordt gestructureerd in een model van *checks and balances*. Die stelling heeft nog niets aan actualiteit ingeboet. Montesquieu's model van de *trias politica* dient overigens vooral te worden gekarakteriseerd als een systeem van *evenwicht van machten*, veeleer dan als een systeem van *scheiding van machten*, zoals dat vooral in het negentiende eeuwse constitutionalisme gebruikelijk was.⁴⁶

In de tweede plaats zijn er de filosofische evenwichten die vooral het perspectief van het pluralisme betreffen. Niet alleen machtspluralisme is noodzakelijk voor de verwerkelijking van de vrijheid. De Duitse filosoof Odo Marquard heeft er met kracht van argumenten op gewezen dat Montesquieu's constitutionele model van de *trias politica* niet los kan worden gezien van de filosofische traditie van het

⁴⁵ Montesquieu, vertaling 2006, p. 219-220.

⁴⁶ Ch. Eisenmann, ‘L'Esprit des Lois et la séparation des pouvoirs’, in: *Cahiers de Philosophie Politique* 1985, p. 3-34; W. Witteveen, *Evenwicht van machten*, Zwolle: Tjeenk Willink 1991; R. Foqué, ‘De actualiteit van Montesquiueus staatkundige erfgoed’ (Lezing voor de Tweede Kamer der Staten-Generaal), in: H.D. Tjeenk Willink e.a., *Stoelendansen met de macht*, Den Haag: Staten-Generaal 2006, p. 9-29.

moralisme en scepticisme, waarmee Montesquieu zich duidelijk verwant voelde.⁴⁷ Die traditie houdt niet alleen machtspluralisme in, maar even zozeer een pluralisme van denkvormen. We zouden nu zeggen: een pluralisme van disciplines, als even zovele benaderingen van mens en samenleving. Monopolievorming door één denkvorm, of door één discipline ten koste van de andere, brengt burgerlijke vrijheid in het gedrang en dreigt (opnieuw) angst te installeren bij burgers.

‘Doch sollte man daran denken, dass Montesquieu (...) in der Tradition der Moralistik und die Moralistik in der Tradition der Skepsis stand. Skepsis aber ist der Sinn für Gewaltenteilung: der Zweifel der Skepsis ist – wie das Wort Zweifel es sagt, dass ja mit der “Zwei” die Vielheit enthält – justament jenes (in der Tradition der Skepsis “isotherènes diaphonia” genannte) Verfahren, das zwei gegensätzliche Überzeugungen in solcher Art aufeinanderprallen lässt, dass beide dadurch so viel an Kraft einbüßen, dass der Einzelne – als lachender oder weinender Dritter – von ihnen freikommt; und was dieserart durch zwei Überzeugungen passiert, gilt erst recht von mehreren Überzeugungen: jede distanziert den Einzelnen von den jeweils anderen. Und das was von Überzeugungen gilt, gilt ebenso von anderen Gewalten, Tendenzen, Größen der Realität: es ist (...) wesentlich, dass stets nicht nur eine, sondern – pluralistisch konkurrierend, einander durchkreuzend und dadurch wechselseitig einander balancierend – eine Mehrzahl solcher Potenzen wirkt. Jede (...) sichert dem Menschen (...) und rettet ihn von dem determinatorischen Alleinzugriff einer einzigen Potenz, gegenüber der es aus Eigenem machtlos wäre: divide et fuge.’⁴⁸

In dit lange citaat wordt op zeer geconcentreerde en tegelijk zeer overtuigende wijze geformuleerd hoezeer machts evenwicht en evenwicht van denkvormen in onderlinge samenhang de noodzakelijke voorwaarden vormen voor burgerlijke vrijheid en voor het overwinnen van angst als gemeenschapsdodend gif. Het streven naar fatsoen en gematigdheid in een pluralistische samenleving wordt dan gedegradeerd tot een schimmenspel.

Met dit denkperspectief voor ogen krijgen de woorden van Montesquieu uit zijn *Pensées*, die eerder in deze bijdrage werden geciteerd, een haast visionaire betekenis. Hij zei daar ‘J’ai pris de me mettre dans l’esprit que, dans sept ou huit ans d’ici, il viendra quelque peuple à qui mes idées seront très utiles.’⁴⁹ Nu – ‘slechts’ bijna drie eeuwen later – verkrijgen Montesquieu’s denksporen inderdaad een verrassende relevantie. Zij vormen niet alleen een krachtige waarschuwing tegen allerlei vormen van totalitair fundamentalisme, maar dienen ook tot nadenken te stemmen in een laat-moderne globaliserende wereld die steeds meer gedomineerd lijkt te worden door de *pensée unique* van het marktdenken, als ware het een universele denkvorm. Daarin ontstaat een maatschappijbeeld waaruit de zin voor burger-

47 F. Schalk (Hrsg.), *Französischen Moralisten: La Rochefoucauld, Vauvenargues, Montesquieu, Chamfort*, Zürich: Diogenes 1995.

48 O. Marquard, *Apologie des Zufälligen*. Philosophische Studien, Stuttgart: Reclam 1986, p. 133.

49 De *Pensées* die betrekking hebben op *De L’Esprit des Lois*, zijn in de Pléiade-editie van de verzamelde werken ondergebracht in *Dossier de L’Esprit des Lois: Montesquieu, Oeuvres Complètes*, Édition établie et annotée par Roger Caillois, Tome II, Paris: Pléiade/Gallimard 1951.

lijke samenwerking meer en meer lijkt terug te treden en wordt vervangen door veralgemeende concurrentie.⁵⁰ Montesquieu kan ons allicht inspireren opdat onze democratische rechtsstaat deze machts- en denkvormmonopolies – institutioneel en beginselmatic – zou kunnen helpen keren.

II. De rechter als hoeder van de democratische rechtsstaat

De rechter staat meer dan ooit in het centrum van die zorg om nieuwe evenwichten. Hij kan die taak en functie alleen op een evenwichtige, geloofwaardige en onafhankelijke wijze vervullen als hij in zijn oordeelsvorming steeds opnieuw weet aan te geven hoezeer hij de wereld waarin hij recht hoort te spreken ‘begrijpt’. De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht is zodoende niet alleen een institutionele kwestie, maar tegelijk ook een kwestie van evenwicht in de gehanteerde denkvormen bij de waarheidsvinding, zowel als bij de contextualisering van de voorgelegde feiten. Ook hier geldt in bijzondere mate dat evenwicht zonder tegenwicht uiteindelijk niet mogelijk is. De voormalige vicepresident van de Raad van State, Herman Tjeenk Willink, formuleerde dat – onder verwijzing naar Montesquieu – als volgt: ‘Waar institutioneel tegenwicht ontbreekt, tegenspraak niet wordt gehoord en verantwoordelijkheden in elkaar overlopen, komt vroeg of laat de stabiliteit van de democratische rechtsstaat in gevaar.’⁵¹

In dat eigentijdse perspectief is het belangrijk om – na de eerdere beschouwingen in deze bijdrage – ten slotte opnieuw aandacht te besteden aan de zo vaak en helaas ook zo fout geïnterpreteerde karakterisering van de rechter als *bouche de la loi* in het beroemde hoofdstuk 6 van boek II over de Engelse staatsinrichting.⁵²

Montesquieu formuleert zijn karakterisering van de rechter als spreekbuis van de wet, of beter gezegd: van het recht, niet zozeer om de stelling te verdedigen dat de rechter niet meer zou horen te zijn dan een automatische toepasser van de letter van de wet. Hij komt tot de typering van de rechter als *bouche de la loi* veeleer in een polemische stellingname tegen de aanname dat het de koning, de soeverein zou zijn die het monopolie van het spreken van recht voor zich zou kunnen opeisen met de rechter als zijn slaafse spreekbuis. Montesquieu werd daarbij sterk geïnspireerd door de Engelse constitutionele traditie en in het bijzonder door de opvattingen van de zeventiende-eeuwse Lord Chief Justice of England, Sir Edward Coke. Die laatste

⁵⁰ Zie in die zin de krachtige analyse van de Franse econoom D. Cohen, *Homo Economicus. Prophète (égaré) des Temps Nouveaux*, Paris: Albin Michel 2012.

⁵¹ H.D. Tjeenk Willink, ‘Democratie en rechtsstaat: een verantwoording’, in: H.D. Tjeenk Willink, *Niet de beperking maar de ruimte. Beschouwingen over democratie en rechtsstaat*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 18. Zie ook zijn ‘Een gematigde staatsvorm en een fatsoenlijke samenleving’, in: *Liber Amicorum René Foqué*, 2012, p. 103-114.

⁵² Aan deze kwestie heb ik recentelijk uitvoerig aandacht besteed in een eerdere publicatie: R. Foqué, ‘De rechter is het sprekende recht’, in: F. Evers (red.), *Kiezen tussen recht en rechtvaardigheid*, Brugge: Die Keure 2009, p. 79-91. Omdat de in deze bijdrage geformuleerde beschouwingen over Montesquieu een nog wat verfijnder perspectief op de positie van de rechter kunnen bieden, herneem ik hier enkele passages uit voornoemde publicatie.

stelde in zijn polemieken met koning James I: niet *Iudex est Rex Loquens*, maar *Iudex est Lex Loquens*.⁵³

In zijn Leidse dissertatie uit 1979 geeft Schönfeld op overtuigende wijze een geheel nieuwe interpretatie van de beroemde en ook wel beruchte woorden van Montesquieu. Beroemd en berucht zijn inderdaad zijn woorden, waarin hij de rechter in een gematigde republikeinse staatsvorm typeert als volgt: 'De rechters van een land zijn, zoals we al hebben gesteld, niet meer dan de mond die de woorden van de wet spreekt; willoze wezens die aan de kracht en strengheid van de wet geen afbreuk kunnen doen.'⁵⁴ De macht die rechters hebben om te oordelen over het doen en laten van burgers noemt hij 'een macht, waar de bevolking zo beducht voor is'. Juist daarom hoort die macht 'eigenlijk onzichtbaar (te worden) en teruggebracht tot niets'.⁵⁵ Bij een eerste oppervlakkige lectuur lijken deze woorden duidelijk: de rechter behoort een automatische wetstoepasser te zijn, die de wet letterlijk neemt en hij dient zich te onthouden van elke eigen speurtocht naar de geest achter de wet, en nog meer naar de aanvaardbaarheid van de letterlijke wetstoepassing in het licht van de voorliggende feiten en van de relevante context van de casus. Dat is ook het beeld dat vanuit de negentiende eeuw in nagenoeg alle handboeken van staatsrecht en in het overgrote deel van de publicaties over rechtsvinding voortdurend wordt gepresenteerd. Zo behandelt François Géný in zijn beroemde studie *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* Montesquieu's opvatting over de taak en functie van de rechter.⁵⁶ Ook in Wiarda's *Drie typen van rechtsvinding* vinden we een gelijkaardige bespreking van Montesquieu's rechterbeeld als een positivistisch en legalistisch wetstoepasser:

'Bovenaan staat voor Montesquieu de "république", naar zijn opvatting het type van de ideale staat, waar welomschreven wetten en daaraan strikt gehoorzamende rechters een welhaast volkomen rechtszekerheid waarborgen. (...) De rechter past de wet toe en doet dat naar de letter.'⁵⁷

Maar is deze lectuur van Montesquieu wel terecht? Schuilt er onder het oppervlak van de letterlijke typering van de rechter als *bouche de la loi* niet een heel andere, veel meer verfijnde visie op de rol van de onafhankelijke rechter, dan Géný en de negentiende-eeuwse rechtswetenschap ons wilde doen geloven?

Schönfeld toont met kracht van argumenten aan dat de typering van de rechter als *bouche de la loi* behoort tot een meer omvattend metaforisch taalgebruik dat typisch was voor de zeventiende- en achttiende-eeuwse politieke en staatsfilosofie,

53 Zie hierover de bijzonder belangrijke bijdrage van de Nederlandse Montesquieu-scholar K.M. Schönfeld, 'Rex, Lex et Iudex: Montesquieu and the *bouche de la loi* revisited', in: *European Constitutional Law Review* 2008, nr. 4, p. 274-301. Hij bouwt hier verder op de analyses uit zijn Leidse dissertatie *Montesquieu en de 'bouche de la loi'*, Leiden: New Rhine Publishers 1979.

54 Montesquieu, vertaling 2006, p. 229.

55 Montesquieu, vertaling 2006, p. 221.

56 F. Géný, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 1919(1899), Tome Premier, p. 101 e.v.

57 G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding* (1963), vierde druk bewerkt en van een nabeschuiving voorzien door T. Koopmans, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 13.

voornamelijk van Engelse origine. Zo werd door de al genoemde Sir Edward Coke de *statute law* – de *law in the books* – omschreven als *the eyes of the law*; de *Reports* typeerde hij als de *ears of the law* en ten slotte de rechter als *the mouth of the law*. De rechter ontleent zijn identiteit en zijn specifieke positie in het juridisch-politieke bestel aan het gegeven dat hij het *sprekende recht* vertegenwoordigt. Hij is als het ware het medium waar doorheen het recht zelf aan het woord kan worden gebracht. Daarin ligt ook 's rechters fundamentele taak en betekenis.⁵⁸ Niet de vorst, maar de rechter is het sprekende recht!

Het gaat hierbij om veel meer dan om een aansprekende metaforische taal. Die vormt slechts het voertuig waarmee een heel principieel nieuw inzicht in de werking van onafhankelijke rechtspraak wordt overgedragen. Sir Edward Coke zag in het politieke voluntarisme van de vorst de grootste bedreiging voor een gematigde rechtsorde. En dat laatste is juist wat ook Montesquieu zo aansprak. Het recht dat in *casu* wordt gesproken kan nooit geacht worden het resultaat te zijn van een of andere vorm van *natural reason* waarvan de vorst zou kunnen pretenderen de natuurlijke drager te zijn. Het register van het politieke voluntarisme van de vorst is een ander dan het register van het recht, dat nu juist tot taak heeft de politiek te matigen en te temperen in het licht van de eigen tradities en ervaringen van de gemeenschap. En dat vereist andere inzichten en ervaringen dan diegene die nodig zijn voor politieke machtsvorming. Coke stelt tegenover de occasionele vluchtigheid van een zelfverklaarde *natural reason* van het vorstelijke politieke voluntarisme de duurzame trouw van de rechter aan de organisch in de samenleving gegroeide *common law*. Hij spreekt dan van de *artificial reason and judgment of law*, die aangehouden studie en ervaring vereist om er de spreekbuis van te kunnen zijn.⁵⁹

Montesquieu volgt hier het denkspoor dat een gematigde staatsvorm slechts mogelijk zal kunnen zijn als het recht de absoluteitheid en de dreigende arbitrariteit van de politieke macht weet te beperken. Daar ligt de diepere relevantie van de gedachte dat niet de vorst, maar de rechter het sprekende recht hoort te zijn.

De rechter als het sprekende recht dient zijn spreken altijd op te vatten als een antwoord op de wijze waarop hij door casus en samenleving wordt aangesproken. Niet een '*gouvernement des juges*' is dan het wenkende perspectief, maar wél een sterke dialogerende rechter, in dialoog met de traditie en met elkaar.⁶⁰ Geen rechter mag zich op zijn eentje wijzer achten dan het recht waarvan hij de spreekbuis hoort te zijn.

58 Schönfeld 2008, p. 45.

59 J.R. Stoner Jr., *Common Law and Liberal Theory. Coke, Hobbes and the Origins of American Constitutionalism*, Kansas: University Press of Kansas 1992, p. 22-26.

60 Zie hierover een reeks publicaties van het Centre Perelman de Philosophie du Droit van de Université Libre de Bruxelles. In het bijzonder de *Actes du colloque Le dialogue des juges* (le 28 avril 2006). Les Cahiers de l'Institut d'études sur la justice 2007, nr. 9. Zie voor een concreet pleidooi voor meer dialoog tussen nationale rechters: J. Allard & A. Garapon, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Paris: Seuil 2005.

12. Coda

Met deze laatste overdenking zijn we – geïnspireerd door Montesquieu's denksporen – wat uitdrukkelijker op zoek gegaan naar de vraag hoe in onze laat-moderne samenleving de democratische rechtsstaat gematigdheid en fatsoen kan blijven garanderen en beschermen. Toch blijft het dragende én het wenkende perspectief dat – op de grondslag van Montesquieu's rechtsbegrip en van zijn constitutiona-lisme – de democratische rechtsstaat een regime is van de *rule of law* en niet van de *rule of men*. Wanneer een democratie de noodzaak hiervan uit het oog zou verliezen 'it rapidly reverts into its opposite, into one of the many forms of autocratic government which haunt the chronicles of historians and the speculations of political thinkers'.⁶¹ Montesquieu zou het – met zijn kritisch-bevragende stijl – niet anders hebben willen zeggen. Daarom schreef de grote encyclopedist van de Verlichting d'Alembert over hem : 'Ce fut ainsi qu'il s'éleva par degrés au plus beau titre qu'un sage puisse mériter, celui de législateur des nations.'⁶² Toen, nu en straks.

61 N. Bobbio, 'The rule of men or the rule of law?', in: N. Bobbio, *The Future of Democracy*, Oxford: Polity Press 1987, p. 156.

62 D'Alembert, *L'Éloge historique de Montesquieu*, opgenomen in de editie uit 1836 van *De L'Esprit des Lois*, Tome premier, Paris: Chez Treutel et Würtz 1836, p. 17-18.

Recht en Verlichting: Spinoza over de ‘Rechten van de Mens’

Theo Verbeek*

Om meer dan één reden is het interessant om te onderzoeken hoe Spinoza het begrip ‘subjectief natuurlijke recht’ (wij zouden eerder spreken van ‘mensenrechten’) interpreteert. Spinoza wordt op dit moment vaak gepresenteerd als de vader van de Verlichting en een exponent van de ‘Radicale Verlichting’ terwijl de ‘Eeuw van de Verlichting’ min of meer werd afgesloten met twee verklaringen die een mijlpaal vormen in de ontwikkeling van dat begrip (de Declaration of Independence van 1776 en de Déclaration universelle des droits de l’homme et du citoyen van 1789). De vraag in hoeverre Spinoza dat begrip kan accommoderen, maakt derhalve een nadere bepaling van Spinoza’s verhouding tot de Verlichting mogelijk. Maar het antwoord doet tevens de vraag rijzen of een filosofie als die van Spinoza, die alle ‘natuurlijke’ of ‘door God gegeven’ normativiteit ontkent en volgens wie de mens zich niet wezenlijk van andere onderdelen van de natuur onderscheidt, daarvoor de ruimte kan bieden – en die vraag is niet alleen van historische betekenis.

1. Een metafysica van het recht

Aan het eind van het eerste deel van zijn *Ethica* vat Spinoza zijn belangrijkste conclusies samen, daarbij van de gelegenheid gebruik makend om enige courante vooroordelen terzijde te schuiven. Deze gaan vrijwel alle terug op de, overigens volkomen verklaarbare, illusie dat de mens vrij is. De kosmische projectie van deze illusie leidt immers tot de misvatting dat de wereld een vrije oorzaak heeft, die we ‘God’ noemen, en verder ‘dat de werkingen van alle dingen in de natuur een doel hebben (...), en God zelf alles met een bepaald doel heeft ingericht.’ (Eth i, appendix).¹ En dat idee tenslotte ligt weer ten grondslag aan tal van andere misvattingen, in het bijzonder het geloof dat goed en kwaad, orde en wanorde, schoonheid en mismaaktheid, eigenschappen van dingen of handelingen zijn, en dat ‘lof en blaam, misdrijf

* Prof. dr. Th. Verbeek is hoogleraar Geschiedenis van de Nieuwere Wijsbegeerte aan de Universiteit Utrecht.

1 De gebruikte afkortingen zijn: Eth voor *Ethica*; TTP voor *Tractatus theologico-politicus*; TP voor *Tractatus politicus*; Adn in TTP voor *Adnotationes in Tractatum theologico-politicum* (de postuum gepubliceerde aantekeningen van Spinoza bij TTP). Omdat de kritische editie van de oorspronkelijke teksten (Spinoza, *Opera*, ed. Carl Gebhardt, 4 delen, Heidelberg: Winter 1925-1928, reprint in 5 delen, 1972-1987) voor de meeste lezers niet toegankelijk zal zijn, hebben alle verwijzingen betrekking op deel, hoofdstuk, propositie, paragraaf, enz. van het betreffende werk, zonder verdere bladverwijzing. Voor TTP is de handige paragrafenindeling gevolgd van F. Akkerman in zijn vertaling van het *Theologisch-Politiek Traktaat* (Amsterdam: Wereldbibliotheek 1997). De vertalingen zijn overigens alle van mijn hand (Th. Verbeek).

(zonde) en verdienste' een objectieve referentie hebben (Eth i, appendix). In werkelijkheid zijn God en Natuur identiek; is er geen vrijheid van keuze; voltrekt alles wat er gebeurt of gedaan wordt zich met een ijzeren noodzakelijkheid; en kunnen noch uit het begrip 'God' noch uit dat van 'Natuur' normen of waarden worden afgeleid.

Met deze opvatting breekt Spinoza met de monotheïstische godsdiensten (Jodendom, Christendom en Islam), die alle berusten op het geloof in een God-wetgever, die zijn wil via profeten of apostelen aan de mensheid zou hebben geopenbaard. Hij breekt ook met de Natuurrechttraditie, die ervan uitging dat in de natuur, meer in het bijzonder in de menselijke natuur, morele normen en principes voor eeuwig zijn vastgelegd. Tegenover beide stelt Spinoza dat in God verstand en wil identiek zijn; dat God niets kan denken zonder het te willen, te kunnen en te doen; en dat God handelt volgens de noodzakelijkheid van zijn natuur (Eth i, prop. 17, scholium; TTP iv, 8). Een wetgever daarentegen bedenkt een mogelijke en wenselijke wereld zonder deze rechtstreeks te veroorzaken; daarvoor gebruikt hij de wet. Voor de realisering van de door hem bedachte wereld is hij, kortom, afhankelijk van de bereidheid van anderen om zijn gezag te erkennen. Het idee van een God-wetgever bevat dus een contradictie die tegenover de rede geen stand houdt. De wereld zoals die is, met alles wat zich daarin bevindt en alles wat daarin gebeurt, is precies zoals God hem 'gedacht' en 'gewild' heeft: als Adam daadwerkelijk van de boom gegeten heeft, dan is dat het ook wat God wilde dat hij deed – dat God eigenlijk niet gewild zou hebben dat hij van de boom zou eten, is een illusie van Adam (TTP iv, 9).

Hoewel dit de afleiding van een 'natuurrecht' (een systeem van normen onafhankelijk van elk positief recht) en van een 'natuurlijk recht' (in de zin van een subjectief natuurlijk recht – wij zouden eerder zeggen 'mensenrecht'), zoals die bijvoorbeeld bij Hugo de Groot (1583-1645) is te vinden (namelijk uit de inherente normativiteit van de menselijke natuur), al uitsluit, is het niet voldoende om deze noties, die Spinoza kennelijk wel wil handhaven, opnieuw te interpreteren. Dat doet hij door te stellen dat het 'eigenlijke wezen van God' (*ipsa ipsius essentia*) zijn 'vermogen' (*potentia*) is, dat wil zeggen datgene waardoor hij zelf en alle andere dingen, die immers slechts verschijningsvormen zijn van hemzelf (God of Natuur), bestaan (Eth i, prop. 34). Dat vermogen is oneindig: Gods macht (*potestas*), die de concrete manifestatie is van dat vermogen, stuit op geen andere grens dan die van zijn eigen wezen (Eth i, prop. 35). Deze bepaling van Gods wezen is in het *Tractatus theologico-politicus* (1670) en zelfs meer expliciet in het postume *Tractatus politicus* dan weer de grondslag voor een definitie van 'recht' (*ius*). Het recht van de natuur, dat wil zeggen het recht van God (God en natuur zijn immers identiek), is de macht van God voor zover die vrij is (TP ii, 4; TTP xvi, 2). Echter, God is per definitie vrij in die zin dat er buiten hem niets is dat zijn werken kan beïnvloeden, laat staan verhinderen – zijn wil stuit dan ook op geen enkel obstakel (Eth i, prop. 17, corollarium 1 en 2). Gods 'recht' valt dus volledig samen met zijn macht: er is geen verschil tussen wat hij doet en wat hij zou kunnen, mogen of moeten doen. Omdat de eindige dingen een deel zijn van God, hebben ze ook deel aan Gods recht, zij het op een eindig niveau – hun wil is per definitie wél begrensd en stuit per definitie wél op obstakels, enerzijds omdat elk eindig ding nu eenmaal bepaalde eigenschappen en vermogens mist en anderzijds omdat elk eindig ding tal van dingen tegenover zich vindt die de uitvoering van zijn wil beletten of hinderen:

‘Onder het recht der natuur versta ik niets anders dan de wetten en regels van de natuur volgens welke alles gebeurt, dat wil zeggen, niets dan de macht van de natuur. Derhalve reikt het recht van de natuur als geheel en dat van elk individueel ding net zo ver als zijn macht. Wat een mens doet volgens de wetten van zijn natuur doet hij met het volste recht en hij heeft ten aanzien van de rest van de natuur precies evenveel recht als macht.’ (TP ii, 4)

De ‘wetten en regels van de natuur’ zijn causale wetten, zoals de gravitatiewet of de algemene gaswet. Dat de mens onderdeel is van de natuur betekent dat zijn handelen zich volgens dat soort wetten voltrekt. Het natuurlijk recht van de mens (of van iets anders) strekt zich dus uit tot al die handelingen en gedragingen die door zulke natuurwetten mogelijk gemaakt worden. Dit geldt voor al het bestaande. Zoals water het ‘recht’ heeft om te bevriezen tot ijs maar dat recht onder tropische omstandigheden zal verliezen, zo heeft een mens het recht een dier of een ander mens te doden als hij daartoe de macht heeft – maar ook hij kan dat recht verliezen, namelijk als hij zich geplaatst ziet tegenover een partij die machtiger is dan hijzelf. Kortom, waar Gods macht en dus ook zijn ‘recht’ onbegrensd zijn, wordt de macht en dus ook het ‘recht’ van een eindig ding beperkt, enerzijds door zijn constitutie (zijn lichamelijke en eventueel geestelijke gesteldheid), anderzijds door de rest van de natuur voor zover deze de macht (en dus het ‘recht’) heeft om een op zich mogelijke handeling of gedraging te hinderen of te beletten. Het is dan ook, zoals Spinoza verklaart, ‘rechtmatig’ dat ‘vissen in het water leven en dat grote vissen kleine vissen opeten’ (TTP xvi, 2). Een vis heeft, enkel omdat hij vis is, het ‘recht’ om in het water te leven (wat veel andere dieren niet hebben), maar een vis heeft niet het ‘recht’ om te lopen of te vliegen (wat veel andere dieren weer wel hebben); en omdat een grote vis meer macht heeft dan een kleine vis, heeft hij ook het ‘recht’ om de kleine vis op te eten (en heeft de kleine vis slechts het ‘recht’ om te vluchten of zich te verbergen). ‘Recht’ is dus ‘macht’ – de macht die voortvloeit uit de constitutie van een ding (plant, dier, mens) en die, afgezien van veroudering en ziekte, min of meer constant is; en de macht die voortvloeit uit de macht of onmacht van zijn omgeving, en die variabel is – hij heeft het recht van de soort en hij heeft als individu zoveel recht als de aldoor veranderende omstandigheden hem aan macht toestaan. Het enige dat het recht van de natuur ‘verbiedt,’ is, volgens Spinoza, datgene wat krachtens de natuurwetten onmogelijk is: water heeft niet het ‘recht’ om te verbranden; een mens heeft niet het recht om onsterfelijk te zijn; een mier heeft niet het recht een olifant te doden. Daarentegen is geen enkele handeling, geen enkel wilsbesluit of voornemen, op zichzelf onrechtmatig – het simpele feit dat zij mogelijk zijn, houdt immers in dat ze in overeenstemming zijn met de wetten der natuur. Dit doet de vraag rijzen hoe we, uitgaand van Spinoza’s principes, ‘natuurlijke rechten’ moeten begrijpen.

2. Individuele ‘natuurlijke’ rechten

Onder een ‘natuurlijk recht’ wordt hier verstaan elk recht (vrijheid, privilege, immuniteit) dat onafhankelijk van een positieve wet geclaimd kan worden. Vrijheid van

godsdienst en overtuiging, het recht op zelfbeschikking, vrijheid van levensstijl, vrijheid van vergadering, gelijke behandeling, integriteit van het lichaam, zijn zulke rechten. Hoewel men over de interpretatie en de praktische implicaties van mening kan verschillen, menen we dat de wetgever deze rechten moet respecteren en beschermen en dat we ze, zolang door de uitoefening ervan de rechtmatige belangen van anderen niet geschaad worden, onbeperkt moeten kunnen genieten. Als we de ‘rechten van dieren’ even laten voor wat ze zijn, dan komen zulke rechten slechts toe aan mensen, die ze individueel of als groep kunnen claimen, in de meeste gevallen tegenover de staat. ‘Natuurlijke rechten’ zijn dus vooral beschermend: ze beschermen een eigen sfeer (lichaam, geest, eigendom) tegen indringing, geven iemand de mogelijkheid om zich naar eigen inzicht te ontplooien, en beschermen een zwakke partij (het individu, een minderheid) tegenover een machtige partij (de staat).

Op grond van deze losse omschrijving wordt al duidelijk dat individuele natuurlijke rechten niet zonder meer uit Spinoza’s definitie van ‘recht’ kunnen worden afgeleid. Het wringt inderdaad op ten minste drie punten: (1) in onze opvatting is de term ‘recht’ voorbehouden aan de menselijke sfeer, terwijl bij Spinoza de term ‘recht’ algemeen van toepassing is op alle delen van de natuur (elk ding heeft een zekere macht en dus een zeker ‘recht’); (2) een rechtmatige handeling vooronderstelt de mogelijkheid van een onrechtmatig alternatief, terwijl volgens Spinoza elke gebeurtenis en elke handeling per definitie zowel ‘noodzakelijk’ als ‘rechtmatig’ is; (3) een ‘natuurlijk recht’ beschermt een zwakke partij (de individuele burger, een minderheid) tegen een sterkere partij (de staat), terwijl volgens Spinoza de sterkere partij per definitie evenveel recht heeft over de zwakke partij als hij deze in macht overstijgt. Het is dus niet evident dat Spinoza ‘natuurlijke rechten’ kan accommoderen. Maar laten we bij het begin beginnen.

Volgens Spinoza zijn ‘goed’ en ‘kwaad’ termen waarmee men het relatieve nut van een ding, handeling, gebeurtenis of toestand uitdrukt (Eth iv, def. 1), waarbij onder ‘nut’ al datgene wordt verstaan wat naar ons eigen individuele oordeel bijdraagt aan ons zelfbehoud. ‘Goed’ en ‘kwaad’ zijn dus bij uitstek subjectief – ze drukken een oordeel uit, dat correct of niet correct kan zijn en dat uitsluitend betrekking heeft op ons eigen zelfbehoud. ‘Goed’ en ‘kwaad’ zijn ook bij uitstek relatief – iets is nooit op zich ‘goed’ of ‘kwaad’ maar enkel omdat het, naar ons oordeel, meer of minder bijdraagt aan ons zelfbehoud dan iets anders. Weliswaar streeft elk ding, niet alleen dieren en mensen, naar het behoud van zichzelf (Eth iii, prop. 6) en kan men dus vanuit het perspectief van elk ding spreken van ‘goed’ en ‘kwaad,’ maar alleen de mens vormt abstracte begrippen en construeert daarmee een moraal, primair voor zichzelf – de moraal zou dus een rationalisatie zijn van het streven naar zelfbehoud. Nu zouden er normerende instanties kunnen zijn die dit streven aanvullen en corrigeren, en die ervoor zorgen dat we ook datgene als ‘goed’ benoemen dat niet noodzakelijk bijdraagt aan ons individuele nut, of dat ons in staat stelt het ‘kwaad’ dat een ander overkomt, te betreuren. Voor zover het om ‘natuurlijke’ instanties gaat (en niet om de wet, of de sociale controle) is dat bij veel auteurs de rede. Volgens Hugo de Groot, bijvoorbeeld, is de rede een bron van morele en voor ieder toegankelijke intuïties, die een zuiver utilitair oordeel corrigeren. Spinoza verwierpt die gedachte:

‘Als de menselijke natuur zodanig was dat mensen uitsluitend zouden leven volgens de voorschriften van de rede, dan zou een natuurlijk recht voor zover het eigen is aan de menselijke soort, enkel door de macht van de rede bepaald worden. In werkelijkheid worden mensen geleid door blinde begeerte, en niet door de rede; en dat betekent dat de natuurlijke macht of het natuurlijke recht van de mens niet bepaald wordt door de rede maar door elk motief op grond waarvan hij handelt en door middel waarvan hij probeert om zichzelf te handhaven.’ (TP ii, 5)

Van een ‘natuurlijk recht’ van de soort kan slechts sprake zijn als alle leden van een soort zich noodzakelijk op een bepaalde manier gedragen: een vis heeft als vis het natuurlijke recht om in het water te leven omdat vissen per definitie kunnen zwemmen – een vis die niet kan zwemmen, is geen vis. Echter, de meeste mensen laten zich niet door de rede leiden en zouden dat ook niet kunnen omdat bij hen de rede nooit tot ontwikkeling is gekomen; ‘als mens’ hebben ze dan ook niet het recht om zich volgens de rede te gedragen – dat recht hebben hooguit sommige mensen die door opleiding en ontwikkeling daartoe in staat zijn. Ook in het geval van de mens is dus elk motief en elke handeling ‘natuurlijk’ en ‘rechtmatig’ want in overeenstemming met de wetten van de natuur: ‘de wet van de natuur verbiedt geen enkel conflict, geen haat, geen boosheid, geen bedrog’ (TP ii, 8). De rede is in elk geval ondergeschikt aan andere motieven, die op hun beurt een afgeleide zijn van het streven naar zelfbehoud. De rede heeft dan ook geen ‘gezag’ of ‘autoriteit’ (*imperium*) en kan strikt genomen zelfs niet ‘gehoorzaamd’ worden (Adn in TTP 34; TP ii, 20).

Niettemin is er een recht van de mens en zelfs een recht van de burger. De mens heeft immers een onvervreemdbaar recht op al datgene wat mogelijk gemaakt wordt door de eigenschappen en vermogens die inherent zijn aan zijn soort. Dit recht verliest hij hooguit door op te houden mens te zijn:

‘Niemand zal ooit zijn macht, noch derhalve zijn recht, zo volledig kunnen opgeven dat hij ophoudt mens te zijn. Ook zal er nooit een soeverein zo machtig zijn dat hij alles gedaan krijgt. Tevergeefs zal hij een onderdaan bevelen om iemand te haten die hem een gunst bewees; of iemand lief te hebben die hem kwaad berokkende; of om niet gekwetst te zijn als hij beledigd wordt of niet vrij van angst te willen zijn – en al het andere dat voortvloeit uit de menselijke natuur.’ (TTP xvii, 1)

Het hebben van gedachten (niet noodzakelijk het hebben van redelijke gedachten) en het hebben van gevoelens (niet noodzakelijk gerechtvaardigde gevoelens) geven de mens een soortgebonden recht: het recht om op de wijze van mensen te denken en te voelen. Dat recht, dat men ‘absoluut’ kan noemen, verschaft hem tevens een ‘relatief’ recht, namelijk het recht dat voortvloeit uit het gebrek aan macht van anderen, in het bijzonder van de soeverein. Het ‘recht’ van de mens (als soort) zou dus de grondslag kunnen zijn voor een ‘recht van de burger’ (de mens levend in een geordende samenleving), een recht dat zich zou uitstrekken tot al datgene waarover de soeverein geen macht heeft.

3. De rechten van de mens en de burger

Het hebben van gedachten en gevoelens geeft ons onmiskenbaar twee natuurlijke rechten of vrijheden: het recht, of de vrijheid, om die doelen na te streven die we op grond van onze al dan niet redelijke inzichten voor mogelijk en wenselijk houden en datgene te vermijden waarvan we geloven dat het niet in ons voordeel is; en het recht, of de vrijheid, om anders te voelen en te denken (anders te oordelen, te willen en te beslissen) dan anderen van ons verlangen. Maar zijn gedachten en gevoelens werkelijk vrij?

Volgens Spinoza is de geest in al zijn werkingen afhankelijk van het lichaam. Immers, de geest is niets anders dan de gewaarwording van het lichaam, meer in het bijzonder van de hersenen (Eth ii, prop. 13). Echter, alle werkingen van het lichaam zijn causaal gedetermineerd en dus ook alle werkingen van de geest. Zouden we dit al een 'constitutioneel' gebrek aan vrijheid kunnen noemen, er is ook een 'sociaal' gebrek aan vrijheid; immers, gedachten en gevoelens worden door anderen beïnvloed:

'Men kan iemand in zijn macht hebben door hem gevangen te nemen; of door hem zijn wapens af te pakken en hem alle middelen van verdediging of ontsnapping te ontnemen; maar ook door hem vrees in te boezemen; of door hem aan zich te binden door zoveel gunsten dat hij nog eerder zijn weldoener zal willen behagen dan zichzelf. Op de eerste en de tweede manier heeft men macht over zijn lichaam, niet over zijn geest. Maar op de derde en vierde manier heeft men zowel de geest als het lichaam van de ander van zich afhankelijk gemaakt, zij het alleen zolang vrees of hoop aanhouden want als die gevoelens niet meer aanwezig zijn, herwint de ander zijn onafhankelijkheid.' (TP ii, 5)

Macht over de geest van een ander wordt primair uitgeoefend door middel van de emoties, vooral hoop en vrees; maar ook bedrog en misleiding, propaganda en indoctrinatie, opvoeding en conventies zijn effectief zeker als de ander niet in staat of bereid is om zelf te denken. De macht die men uitoefent over een ander door middel van zijn geest is bovendien veel groter dan over zijn lichaam – wie macht heeft over iemands geest heeft macht over zijn motieven en dus ook over zijn handelen, zonder dat men geweld of dwang hoeft te gebruiken. Macht over de geest is dus voor de soeverein aantrekkelijk. Die macht oefent hij altijd al in meer of mindere mate uit; immers, de soeverein maakt zijn wil bekend door middel van wetten en decreten en hij laat door middel van een politieapparaat zien dat hij de macht heeft om gehoorzaamheid aan zijn wil af te dwingen. Zo verwerft hij controle over de gedachten en gevoelens van zijn onderdanen, wier motieven allengs afgeleid worden van zijn wil, mits ze zijn macht voldoende kennen en vrezen. Maar voor effectieve controle zal de soeverein ook op andere manieren de gedachten en gevoelens van de burgers moeten beïnvloeden. Dat is niet eenvoudig, maar ook niet onmogelijk: 'Er is niets absurds aan de gedachte dat er mensen zijn van wie elk geloof, elk gevoel van liefde, haat, of verachting – ja, elk gevoel in het algemeen – volledig onder controle staat van de soeverein' (TTP xvii, 2). Het bekendste voorbeeld is het politieke genie

Mozes, die dank zij het feit dat hij het volk ervan kon overtuigen dat hij de enige vertolker was van Gods wil, absoluut gezag uitoefende. De grootste zorg van de soeverein moet zijn om te voorkomen dat de gedachten en gevoelens van zijn onderdanen zich tegen hem keren, hetzij spontaan, hetzij onder invloed van een instantie die ook macht over de geesten heeft zoals, bijvoorbeeld, een Kerk – Mozes dankte zijn onaantastbare positie aan het feit dat in hem wereldlijke en geestelijke macht verenigd waren. Een groot deel van het *Tractatus theologico-politicus* is dan ook gewijd aan de vraag hoe de soeverein controle kan verwerven over de Kerk zonder dat de gelovigen zijn bemoeienis in strijd achten met Gods wil – een bijna onmogelijke taak, die in het gunstigste geval alleen te volbrengen is door godsdienst te reduceren tot moraal (TTP xix).

Burgers zijn geen heiligen en niet elke soeverein is een politiek genie. Het grootste probleem van elk regime zijn de mensen, regeerders zowel als onderdanen. Hun fout is altijd dezelfde, namelijk dat ze hun macht overschatten en zo zichzelf meer ‘rechten’ toeschrijven dan ze daadwerkelijk bezitten. Vooral de soeverein is gevangen in een merkwaardige paradox. Hij heeft het ‘recht’ want de ‘macht’ om te heersen over een volk; maar door de leiding op zich te nemen verandert hij een verzameling individuen die elk leefden naar hun eigen wil, in een collectief dat leeft naar zijn wil. Waar verscheidenheid en versnippering van macht was, creëert hij collectieve macht – de macht van een gemenebest tegenover vijanden, maar ook de macht van een volk tegenover een soeverein. Dank zij de macht van de soeverein verwerft het volk dus een collectief ‘recht.’ Dat recht zal het ook uitoefenen, en wel tegen de soeverein, zodra deze zijn macht, naar het oordeel van het volk, niet langer aanwendt ten gunste van dat volk. Het komt in opstand en zet hem af – het heeft daartoe de macht en dus het recht. Misbruik van macht zou dus langs ‘natuurlijke’ weg gecorrigeerd worden.

Daarmee erkent Spinoza onmiskenbaar een subjectief natuurlijk recht: het recht van een volk om in opstand te komen tegen de machthebber als het oordeelt dat zulks in zijn voordeel is, ongeacht of dat collectieve oordeel correct is of niet. Alleen is het ‘subject’ waaraan dat recht toekomt, niet een individu of een minderheid, maar een collectief – het individu heeft alleen die rechten die hem of door de soeverein of door de rest van het volk worden toegekend (TP ii, 16). Van zijn kant zal de soeverein zijn macht, en dus zijn soevereine recht, slechts kunnen handhaven als hij dat collectieve recht erkent; immers, hij is afhankelijk van het volk. Hij zal moeten inzien dat een schrikbewind minder effectief is dan een beleid dat welvaart bevordert, verworven vrijheden ontziet en geen controle nastreeft waar dat onnodig of onmogelijk is. De betekenis van dit ‘recht’ moet men niet overschatten.

In de eerste plaats is het geen recht dat een plicht genereert. De soeverein die niet begrijpt dat een schrikbewind weinig effectief is, heeft zolang hem dat lukt het recht om zo’n schrikbewind uit te oefenen, zelfs als het gevolg daarvan is dat hij uiteindelijk in een opstand ten onder gaat. In de tweede plaats is Spinoza geen voorstander van de uitoefening van het recht van het volk; immers, chaos is het onvermijdelijke gevolg. Zijn argument voor de vrijheid van de filosofie is dan ook dat de filosoof ongevaarlijk is, omdat hij inziet dat alles erger is dan een slechte regering:

‘Als iemand die door de rede geleid wordt, soms iets moet doen op bevel van de staat waarvan hij weet dat het tegen de rede is, dan wordt dat kwaad ruimschoots gecompenseerd door het goede dat voortvloeit uit het bestaan van een geordende samenleving. Immers, het is een wet van de rede dat we van twee kwaden de minste kiezen. We mogen derhalve besluiten dat men nooit tegen de voorschriften van de rede handelt als men datgene doet wat de wetten van de staat ons vragen te doen.’ (TP iii, 6)

De kennis van de waarheid geeft de filosoof het individuele ‘recht’ om zich met een onjuiste wet te verzoenen; de andere burgers – en dat is het derde punt – moeten zich maar zien te behelpen. Als ze behoren tot een minderheid, dan zijn ze letterlijk ‘rechtenloos’ want verstoken van alle macht. Zolang hun minderheid geen meerderheid wordt, heeft de soeverein ‘het recht’ (want de macht) hen te onderdrukken. De kans daarop is het grootst in een democratie.

4. Spinoza over democratie en godsdienst

Spinoza definieert soeverein recht als de macht van één of meer personen voor zover die beperkt wordt door de macht van een collectief (TP iii, 2). In de macht van het volk vindt de macht, en dus het recht, van de soeverein zijn grens. In theorie mag hij absolute macht bezitten; in de praktijk is zijn macht nooit absoluut (TTP xvii, 1), ook al omdat de macht van het volk per definitie altijd groter is dan die van hemzelf. In die zin regeert in elke samenleving het volk. In een democratie, echter, is het volk ook formeel soeverein en dat betekent dat de macht van de soeverein niet langer zijn begrenzing vindt in de macht van het volk maar daarmee samenvalt. Alleen in een democratie is de macht van de soeverein ‘volkomen absoluut’ (TP viii, 3; xi, 1) – een logica die grote aantrekkingskracht zou uitoefenen op Rousseau (1712-1778). Het corrigerend mechanisme dat normaal optreedt bij machtsmisbruik is in een democratie buiten werking – het gevaar van een dictatuur is het grootst in een democratie.

Niet geheel onbegrijpelijk gezien de manier waarop ‘het volk’ op zijn ideeën reageerde, is de democratie voor Spinoza een absoluut schrikbeeld. Weliswaar belooft het democratische systeem vrijheid (TTP xvi, 11), maar daar staat tegenover dat mensen van nature de neiging hebben om van anderen te verlangen dat ze net zo denken en voelen als zijzelf (TP i, 5). Sociale terreur die in zekere zin natuurlijk is (Eth iii, prop. 31, corollarium), wordt dus in een democratie door de staat gesanctioneerd – een verstikkend conformisme is het gevolg. De kans dat dit schrikbeeld ooit werkelijkheid wordt, is volgens Spinoza overigens klein – het is nagenoeg onmogelijk dat een volk zichzelf regeert. Dat neemt niet weg dat een democratie onder zeer specifieke en zich zelden voordoende voorwaarden goed kan functioneren. Spinoza’s historische voorbeeld is Israël tussen de dood van Mozes en de eerste koningen – in de Bijbel de periode van de Richteren (TTP v, 7-14; xvii, 7-25). Mozes liet de Israëlieten een wet na die de uitdrukking was van Gods wil – het gezag van de Wet was onaantastbaar. Bovendien had Mozes gezorgd voor *checks and balances*: de uitvoerende macht moest zich houden aan de Wet, maar de priesters (in zijn visie juristen) konden de Wet alleen interpreteren op verzoek van de oudsten van het volk.

En dan was er het volk zelf, dat onderricht was in de Wet en elke overtreding kon afstraffen – in feite de machtigste partij. Deze theocratische versie van democratie – Spinoza verklaart meer dan eens dat in deze periode ‘de regering in handen was van het volk’ (TTP xviii, 2, sub 3) – is volgens Spinoza in feite de enige levensvatbare: doordat de wet aanbeden wordt als Wil van God, onderwerpt eenieder zich daaraan zonder dwang – men heeft dus het idee dat men vrij is, terwijl men tegelijk aan een vaste regel gehoorzaamt. De verdienste van Mozes was dat hij de Joden een godsdienst gaf, zodat ze hun plicht konden doen uit toewijding (*devotio*) in plaats van uit vrees (TTP v, 11) – toewijding is immers een vorm van met verering verbonden liefde, in dit geval tot God, dat een veel positiever affect is dan vrees: vrees maakt afhankelijk, maar liefde maakt vrij (Eth iii, definities van de affecten 10). Het stelde de Joden in elk geval in staat hun plicht te doen zonder tot een conditie van slavernij en knechtschap te vervallen, terwijl ze tegelijkertijd ontslagen werden van de plicht om zelf te bedenken wat goed voor hen was – volgens Spinoza een onmogelijke taak.

Een dergelijk regime is natuurlijk alleen mogelijk in een primitieve agrarische samenleving die zich voor de buitenwereld afsluit: alleen dan blijft het geloof in de heiligheid van de wet intact (TTP xviii, 1). Maar naar het oordeel van Spinoza is de theocratische versie van de democratie ook om andere redenen niet langer beschikbaar. De God van de Joden was een nationale god, wiens wil per definitie samenviel met het belang van de Joodse staat – de Joodse religie, dat wil zeggen de Joodse Wet, heeft dan ook met de ondergang van de Joodse staat haar zin en geldigheid verloren (TTP iii, 6-7). De Christelijke godsdienst daarentegen is universeel en kan dus nooit ‘nationaal’ zijn (TTP v, 3). Bovendien heeft de Christelijke godsdienst niet het karakter van een wet, dat wil zeggen van een gedragsregel (TTP xviii, 1) – het liefdesgebod (‘hebt uw naasten lief’) beschouwt Spinoza kennelijk niet als een echte gedragsregel (anders dan bijvoorbeeld de Joodse ceremoniële wetten of de spijswetten of zelfs de Tien Geboden). Ten slotte, en dat is misschien wel het belangrijkste, is de christelijke godsdienst sektarisch omdat de christelijke boodschap op verschillende manieren geïnterpreteerd wordt – een ontwikkeling die al onder de apostelen begonnen is (TTP xii, 9). Tenzij de Christelijke godsdienst aan de wereldlijke wetgever ondergeschikt wordt gemaakt of ten minste van zijn sektarisch-fanatieke aspecten wordt ontdaan (wat alleen mogelijk is als de dogmatiek het veld ruimt voor de moraal) is hij, zeker sinds de Reformatie, een bron van verdeeldheid – vergeten we niet dat de meeste oorlogen die in de tweede helft van de zestiende en de eerste helft van de zeventiende eeuw gevoerd zijn godsdienstig gemotiveerd werden.

Daarmee zijn gaandeweg ook de grenzen van de vrijheid van godsdienst – een van de belangrijkste ‘mensenrechten’ – zichtbaar geworden. Alle monotheïstische godsdiensten (Jodendom, Christendom en Islam) moedigen de gelovigen aan om te gehoorzamen aan de imaginaire wil van een imaginaire god wiens gezag per definitie voor groter wordt gehouden dan dat van enige sterveling, ook dat van de soeverein. In het Jodendom (over de Islam laat Spinoza zich nauwelijks uit) geldt die god tenminste nog als de soevereine vorst van de joodse natie en ligt de wil van deze god eens en voor altijd vast in een geschreven wet. De Joodse godsdienst fungeert dus als een staatsideologie die bedoeld is om de Israëlieten in hun patriotisme te ondersteunen en te bevestigen. De moeilijkheid van het Christendom is zijn

dogmatische gehalte en zijn problematische relatie tot het staatsgezag. De filosofisch uitgewerkte Christelijke dogmatiek geeft een professionele klasse (priesters, predikanten, theologen) de mogelijkheid om gezag uit te oefenen over een weinig ontwikkelde bevolking (TTP vii, 1). Bovendien wordt voor de Christelijke dogma's waarheid opgeëist – wat een vijandige houding ten opzichte van de rede en de filosofie bevordert (TTP xiv, 12-13). En ten slotte blijken de documenten waarop dat alles terug gaat (het Oude en Nieuwe Testament) voor meer dan een uitleg vatbaar, zodat binnen het Christendom verschillende sekten zijn ontstaan die elkaar te vuur en te zwaard bestrijden – denk aan de geschillen over de drieëenheid, de predestinatie, de eucharistie, de persoon van Christus (TTP xi, 9). De Christelijke godsdienst is kortom een bron van onenigheid en tweedracht. Dat alles wordt verergerd door een moeizame relatie met het staatsgezag, die Spinoza verklaart door het feit dat het Christendom als een volkse godsdienst begonnen is (TTP xix, 20). Het Christendom onderwerpt de magistraat aan een 'hogere' wet, die echter door theologen geïnterpreteerd wordt. Daarmee wordt een kritische instantie in het leven geroepen die, mede door de invloed die theologen op het gewone volk uitoefenen, het gezag van de soeverein uitholt en de stabiliteit van het gemenebest in gevaar brengt.

Hoewel Spinoza's diagnose overeenkomt met die van Hobbes (1588-1679), wiens werk in zijn kring veel gelezen werd, beschouwt Spinoza Hobbes' oplossing (de soeverein van een Christelijke staat moet zich aan het hoofd plaatsen van een nationale Christelijke kerk) als onjuist of misschien moet men zeggen als voor Holland onbruikbaar, waarschijnlijk omdat dit in een samenleving als die van Holland, met zijn belangrijke confessionele minderheden, zou kunnen leiden tot uitsluiting en zelfs een volksofstand. Volgens hem is de beste oplossing dan ook de gelijkstelling van alle Christelijke denominaties in combinatie met de oprichting van een overkoepelende nationale kerk zonder dogma's (TP viii, 46). Spinoza's pleidooi voor wat wij 'tolerantie' noemen berust dus niet op de erkenning van een subjectief natuurlijk recht, maar op een prudentieregel, die teruggaat op Machiavelli (1469-1527): in een verdeelde samenleving kan de soeverein zijn macht alleen behouden als hij zich niet openlijk met een van de partijen vereenzelvigd.

5. Conclusies

Hiermee is voldoende materiaal verzameld om de vraag waarmee we begonnen te beantwoorden. Die vraag was of uit Spinoza's filosofie de notie van 'mensenrechten' in onze zin van het woord, namelijk als rechten die los van elke positieve wet aan eenieder toegeschreven kunnen worden, ontwikkeld kan worden, dan wel of Spinoza een dergelijke notie kan accommoderen. Het antwoord is voor zover het om individuele rechten gaat, negatief. Als recht macht is dan is, althans in de toestand der natuur, het recht van elk individu geheel bepaald door zijn macht: hij heeft 'recht' op datgene wat zijn lichamelijke en geestelijke constitutie en zijn omgeving hem toestaan. In een geordende samenleving zullen zijn individuele rechten omschreven zijn in de wet en kan hij deze uitoefenen voor zover de soeverein in staat en bereid is om de wet te handhaven. Hij heeft van zijn kant overigens ook het 'recht' om de wet

te negeren als hij daartoe de macht heeft – een verstandig soeverein zal echter alles doen om te voorkomen dat hij die macht verwerft. Verder heeft het volk een recht dat het automatisch ook tegen de soeverein zal uitoefenen zodra deze naar het oordeel van het volk zijn macht misbruikt – ook dat zal een verstandig soeverein proberen te voorkomen. Van zijn kant mag de soeverein daarvoor alle middelen gebruiken die in zijn macht zijn (al kan het een regel van prudentie zijn om bepaalde middelen niet te gebruiken). Minderheden ten slotte hebben geen andere rechten dan die welke hun door de soeverein, door de wet en door de meerderheid worden toegestaan – een verstandig soeverein zal hen echter, zolang ze niet rechtstreeks een gevaar vormen voor de staat, in het algemeen ontzien, al was het maar om van een min of meer ongevaarlijke minderheid geen gevaarlijke meerderheid te maken. De ‘vrijheden’ die daaruit volgen, zijn geen onvervreembare rechten maar een gevolg van het feit dat in een open commerciële samenleving – in een gesloten agrarische samenleving is dat anders – de macht van de soeverein zich nooit tot elk aspect van het dagelijks leven kan uitstrekken.

Daarmee is tevens het begin van een antwoord gegeven op de vraag naar de verhouding van Spinoza tot de Verlichting. Hoewel ‘Verlichting’ noch historisch noch ideologisch een eenduidig begrip is, moge duidelijk zijn dat voor zover de notie van ‘mensenrechten’ zich in de Verlichting min of meer gestabiliseerd heeft (waar veel voor te zeggen is) Spinoza daar in elk geval part noch deel aan had. Het idee dat recht macht is, vindt men eigenlijk alleen in de marge van de Verlichting terug, bij La Mettrie (1709-1751) en de Markies de Sade (1740-1814). De onderliggende ideologie van de *Declaration of Independence* daarentegen en die van de *Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen* gaan terug, op de natuurrechttraditie, in het bijzonder Hugo de Groot (en zijn commentatoren), John Locke (1632-1704) en Samuel (von) Pufendorf (1632-1694); en op de theorie dat, onafhankelijk van wat burgers of overheden willen, de samenleving zich ‘spontaan’ ordent en dat de enige taak van de overheid is om deze orde te beschermen – een idee in Engeland en Schotland ontwikkeld door Bernard Mandeville (1570-1733), Adam Smith (1723-1790), en Adam Ferguson (1723-1816), en in Frankrijk door de fysiocraten, in het bijzonder François Quesnay (1694-1774), en in onze tijd weer opgepakt door iemand als Milton Friedman (1912-2006). Beide worden door Spinoza impliciet verworpen. Spinoza’s kritiek van de godsdienst en van de christelijke overlevering hebben in de Verlichting natuurlijk wel een grote rol gespeeld.

Spinoza’s betoog confronteert ons ook met een aantal problemen, vooral met de vraag of een democratie zonder een onafhankelijk maar gezaghebbend systeem van gedragsregels en sociale deugden mogelijk is. Het antwoord van Spinoza is complex. Enerzijds is het zonder meer negatief. Volgens hem is een zuivere democratie immers alleen levensvatbaar als de burgers zichzelf gedragsregels kunnen opleggen en daar is geen enkel volk toe in staat. Anderzijds meent hij dat charismatische leiders het volk een godsdienst kunnen geven, die, mits aan zeer bepaalde voorwaarden is voldaan, deze rol kan vervullen – een idee dat men op een wat andere manier terugvindt bij Tocqueville (1805-1859). Elke democratie zou dus per definitie een ‘theocratisch’ fundament hebben. Wel moet daarbij worden aangetekend dat Spinoza (en tot aan de negentiende eeuw eigenlijk elke andere politiek filosoof) onder

‘democratie’ alleen de rechtstreekse democratie verstaat – onze vertegenwoordigende democratie zou hij wellicht eerder opvatten als een bijzonder soort aristocratie. Moderne ‘volksdemocratieën’ en andere regimes die hun wortels hebben in een ‘beweging’, beantwoorden eerder aan Spinoza’s gedachtegang – Rousseau, die als een van de eersten geloofde dat ‘volk’ en ‘vaderland’ object van quasireligieuze gevoelens konden zijn, is op dit punt waarschijnlijk de schakel tussen Spinoza en het moderne politieke leven, zowel van links als van rechts.

Ook confronteert Spinoza ons met het feit dat in een democratie mensenrechten niet zonder meer veilig zijn. Volgens Spinoza zou zelfs het tegendeel het geval zijn: hoe democratischer een samenleving, hoe eerder deze totalitair zal zijn. De voor de werking van de democratie positieve rol die Spinoza aan de godsdienst toekent, werkt voor dit probleem niet. Integendeel, onder geen regime zal een ‘gedachtenpolitie’ duidelijker instructies hebben dan in een theocratie (die op zichzelf overigens op grond van Spinoza’s principes ‘democratisch’ kan zijn, mits het een godsdienst betreft die ‘nationaal’ is). De enig denkbare, tevens enig werkbare, correctie lijkt te moeten komen van het seculiere idee van de rechtsstaat en van de erkenning van ‘subjectieve natuurlijke rechten’.

Ten slotte confronteert Spinoza ons ook met de vraag in hoeverre, naast een juridisch-pragmatische verankering van subjectieve rechten in wetten, verdragen en overeenkomsten, een filosofisch houdbare deductie van ‘natuurlijke rechten’ mogelijk is, nu de moderne wetenschap (evolutietheorie, *neurosciences*) evenmin als Spinoza aan de mens een uitzonderlijke plaats in de natuur toekent. Is het wetenschappelijk en filosofisch nog wel te verantwoorden om aan de mens een bijzondere waardigheid toe te kennen, waaruit rechten en plichten zouden voortvloeien? Spinoza’s eigen standpunt is complex omdat hij, ondanks alles wat hier over ‘natuurlijke rechten’ gezegd is, de mens, althans bepaalde mensen, wel degelijk een zekere ‘waardigheid’ toekent; immers, ondanks het feit dat de mens een ‘gewoon’ onderdeel zou zijn van de natuur en ‘geen staat in de staat’ (Eth iv, voorwoord), meent hij ook dat de filosofie ons de mogelijkheid biedt om te komen tot een bestaan van deugd en intellectuele liefde tot God, en zelfs tot een bijzonder soort ‘vrijheid’ – niet de vrijheid van handelen maar de vrijheid inherent aan de innige verbondenheid met iets dat oneindig veel groter en machtiger is dan wijzelf (‘God’ of ‘Natuur’), die het ons mogelijk maakt om zonder enige inspanning de deugd te oefenen en de hartstochten te overwinnen. Dat maakt althans de voleerde filosoof tamelijk uitzonderlijk en geeft hem ook een uitzonderlijk ‘recht’ – het recht om onder alle omstandigheden volmaakte ‘zaligheid’ (*beatitudo*) te genieten en de deugd te beoefenen (Eth v, prop. 42). Echter, behalve dat dit onderdeel van Spinoza’s filosofie zelfs onder specialisten en liefhebbers sterk omstreden is, lijkt het ook onmogelijk om daaruit een bruikbare notie van ‘natuurlijke rechten’ af te leiden. Het probleem is, naar het schijnt, vooralsnog onoplosbaar; althans, geen enkele oplossing is onomstreden. De pragmatisch-juridische manier om ‘rechten’ vast te leggen in wetten en verdragen en de interpretatie en toepassing ervan toe te vertrouwen aan speciale instanties (zoals het Europees Hof voor de Rechten van de Mens) lijkt dan ook vooralsnog de enig haalbare.

Literatuur

- Th. Verbeek, *Spinoza's Theologico-political treatise: Exploring 'The Will of God'*, Aldershot: Ashgate 2003.
- Th. Verbeek, 'Spinoza on Natural Rights', *Intellectual History Review* 2007, 17, p. 257-75.
- M.P. Zuckert, *Natural Rights and the New Republicanism*, Princeton: Princeton University Press 1994.
- B. Tierney, *The Idea of Natural Rights: Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law 1150–1625*, Grand Rapids: Eerdmans 2001 (eerste editie 1997).
- J. Griffin, *On Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2008.
- J. Nickel, 'Human Rights', *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2014 Edition), E. Zalta (red.), <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/rights-human/>>.

10 Recht en sociale wetenschappen

Recht en andere disciplines: het incorporeren van extrajuridische inzichten in het privaatrechtelijke debat

Ivo Giesen*

1. Introductie

In het *Algemeen Deel*^{***} beschrijft Jan Vranken dat het privaatrecht en zijn beoefenaren te vaak uitgaan van veronderstellingen en/of daarop gebaseerde argumenten die feitelijk niet houdbaar zijn of in elk geval niet voldoende empirisch onderzocht zijn; een kenmerk van juridisch argumenteren is het gebrek aan feitelijke grondslag van gehanteerde argumenten.¹ Om slechts één voorbeeld te geven: leidt de mogelijkheid van aansprakelijkheid tot ander (al dan niet ‘defensief’ te noemen) gedrag bij degene die daarmee potentieel opgezadeld wordt, bijvoorbeeld bij een potentiële jeugdvandaal die af zal zien van dat vandalisme als hij (weet dat hij) als 14- of 15-jarige aansprakelijk kan worden gehouden?² Wij (civilisten) roepen dergelijke dingen heel gemakkelijk, en bouwen daar vervolgens hele argumentatielijnen op en omheen, maar empirisch bewijs voor dit soort stellingen wordt nauwelijks geleverd. Vranken hekelt dat, en terecht.

Het blijft overigens gissen naar het antwoord op de vraag *waarom* de feitelijke context, de empirie, vaak zo onvolledig blijft, maar waarschijnlijk is een deel van het antwoord dat het gewoon heel (te) lastig is (voor civilisten) om die informatie boven tafel te krijgen en vervolgens op waarde te schatten. Als er echter in een voorkomend geval wél betrouwbaar empirisch materiaal beschikbaar is, dan zijn we er nog steeds

* Ivo Giesen is hoogleraar privaatrecht aan het Molengraaff Instituut van de Universiteit Utrecht en programmaleider van UCALL, het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law. Deze bijdrage bouwt voort op een paper dat de auteur presenteerde tijdens het KNAW Colloquium ‘Civil Justice: Thinking and Deciding by Civil Courts’ (KNAW Amsterdam, 5-6 juli 2012), georganiseerd door de KNAW, Erasmus Law School en de Universiteit Utrecht, en tijdens de Recht in Geding-lezingencyclus van de sectie Rechtswetenschappen van de KNAW. Dit artikel is eerder in licht gewijzigde vorm verschenen in het Liber Amicorum voor Jan Vranken (G. van Dijk e.a. (red.), Cirkels. Een terugblik op een vooruitziende blik, Kluwer: Deventer 2013) en delen ervan heb ik benut in een ‘guest editorial’ voor de Maastricht Journal of European and International Law (MJ 2013/2). Mijn dank gaat uit naar de sprekers en deelnemers aanwezig tijdens het genoemde Colloquium, naar Rob van Gestel, Christoph Engel, Willem van Boom, Rianka Rijnhout en Lonneke Stevens voor het delen van hun waardevolle inzichten. De gebruikelijke disclaimer geldt.

1 Zie Asser-Vranken, *Algemeen Deel*^{***}, Kluwer: Deventer 2005, nrs. 39 e.v., m.n. nr. 44.

2 Dit voorbeeld is mede ontleend aan J.B.M. Vranken, ‘Het privaatrecht als wapen in de strijd tegen vandalisme’, NJB 1988, p. 633-634, waarin (ook toen al) het ontbreken van een feitelijke grondslag heel concreet en pregnant aan de orde wordt gesteld door Vranken.

niet. Want dan rijst de (vervolg)vraag of en wanneer dat empirische (sociologische, psychologische, economische, enz.) materiaal eigenlijk benut mag worden in een juridische context. Vranken zelf is zich ook van die vraag en de daarmee verbonden gevaren bewust, zo blijkt uit recentere publicaties van zijn hand. Hij formuleert het als volgt in het NJB van 2009: 'Hoe kunnen de sociaalwetenschappelijk geldige en betrouwbare resultaten van onderzoek *vertaald worden* in een juridische context.' [mijn curs., IG]].³ Het is die vervolgvraag die ik hierna nader uitgewerkt (paragraaf 2) centraal stel en zal trachten te beantwoorden.

2. Het springende punt nader geduid

In de voetsporen van hetgeen eerder in de VS geschiedde,⁴ wordt in de laatste decenia in Europa meer en meer multi- en interdisciplinair academisch werk⁵ verricht, ook binnen het domein van het privaatrecht.⁶ In deze empirisch georiënteerde onderzoeken⁷ wordt 'extra-juridische' kennis, meer in het bijzonder empirische gegevens uit disciplines zoals de psychologie, sociologie en de economie, gecombineerd met bestaande (dogmatische) juridische inzichten, gebaseerd op traditionele juridische argumentatietechnieken, en zo 'getransformeerd' naar 'nieuwe' juridische kennis. Dat gebeurt met het oog op diverse als nastrevenswaardig beschouwde beleidsdoelen, en heeft ons denken over juridische regels en over beleid regelmatig gewijzigd of bijgesteld, zowel in Engeland, als in Duitsland en Nederland.⁸

Een vraag die dit soort onderzoek typisch vergezelt – naast de algemeen geaccepteerde problemen als het gaat om de 'interface' tussen recht en sociale wetenschappen⁹ – is of het eigenlijk wel mogelijk is – en zo ja, hoe, wanneer en waarom dan – om de 'sprong' te maken van zulke extra-juridische feitelijke inzichten naar

3 J.B.M. Vranken, 'Consequenties van een versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad: talrijk, divers en soms vergaand', NJB 2009, p. 1092. Het gaat mij hier niet om de vraag naar het al dan niet mogen benutten van empirisch materiaal in rechtszaken e.d. Dat juich ik toe en dat gebeurt ook al geregeld. Mij gaat het hierna om het op verantwoorde wijze benutten (en dus soms ook niet benutten) van dat materiaal door de civiele rechter als het gaat om de daaraan (mogelijk) te verbinden *normatieve* consequenties.

4 De Supreme Court-beslissing in de zaak *Muller v. Oregon* (208 U.S. 412, 1908) wordt algemeen beschouwd als een belangrijk ijkpunt in de VS.

5 Met deze terminologie duid ik hier op alle vormen van (juridisch) wetenschappelijk onderzoek dat tot op zekere hoogte inzichten van buiten het recht incorporeert, wetende dat deze termen in verschillende, soms hele specifieke betekenissen worden gebruikt door verschillende auteurs. Zie bijv. D.W. Vick, 'Interdisciplinarity and the Discipline of Law', *Journal of Law & Society* 2004, vol. 31, nr. 2, p. 164 en 170 e.v.

6 Zie Th.S. Ulen, 'The Importance and Promise of Empirical Studies of Law', in: P. Nobel & M. Gets (red.), *New Frontiers of Law and Economics*, Schulthess: Zurich 2006, p. 29 en 31 (met verwijzingen). Vgl. ook E.L. Rubin, 'Law and The Methodology of Law', 1997 *Wis. L. Rev.* 521, p. 555.

7 Ulen 2006; G. van Dijk, 'Empirical Legal Studies', *WPNR* 6912 (2011), p. 1105. Wat mij betreft staat 'empirical' dan voor alle pogingen om uit te vinden hoe en waardoor het recht is zoals het is en wat de effecten daarvan zijn, vgl. Ulen 2006, p. 30.

8 Voorbeelden zijn te vinden in diverse van de hier geciteerde bronnen. Zie ook J.A. Blumenthal, 'Law and Social Science in the Twenty-first Century', 12 *S. Cal. Interdisc. L.J.* 1 2002-2003, p. 1-4.

9 Over die 'interface' problemen die ik hier niet bespreken kan, speciaal Blumenthal 2002, die ook oplossingen aandraagt, zie p. 34-46.

normatieve juridische conclusies. Gegeven dat feiten geen waardeoordelen kunnen genereren,¹⁰ hoe en wanneer kan een onderzoeker dan overstappen van bijvoorbeeld empirisch-psychologische gegevens¹¹ naar normatieve juridische oordelen, zoals in rechte stevast geschiedt, zeker door rechters, maar ook op beleidsniveau?¹² Als uit psychologisch onderzoek volgt – om maar een willekeurige voorbeeld te noemen¹³ – dat waarschuwingen alleen opgevolgd worden (‘preventief werken’) als de kosten om eraan te voldoen of om een alternatieve handelwijze te benutten, extreem laag zijn,¹⁴ kan de civiele rechter dan op grond van dat enkele gegeven – op normatief niveau – concluderen dat een juridische waarschuwingsplicht overbodig is in alle andere omstandigheden? Wat zou voor die vertaalslag of sprong een rechtvaardiging kunnen zijn, als die al bestaat, en onder welke voorwaarden bestaat die rechtvaardiging? Wat zijn, met andere woorden, de condities waaronder het ‘veilig’ is om ‘over te steken’ van feiten naar juridische oordelen?¹⁵

3. Het belang van deze vraag

Om het belang van deze vraag nader te onderstrepen, wijs ik er ten eerste op dat Smits betoogd heeft dat we het belang van empirisch werk voor het recht niet mogen overschatten, want: ‘(...) the relationship between the normative question of what the law ought to be (...) and the empirical question whether something “works” is not completely clear.’¹⁶

Als dat waar is – en ik twijfel daar niet aan – dan rust de toekomst van het gebruik van extrajuridische inzichten in het recht, en dus van ‘empirical legal scholarship’, op de (on)mogelijkheid de vraag te beantwoorden of we in staat zijn en het toegestaan

- 10 Bijv. J.O. McGinnis, ‘Age of the Empirical’, *Policy Review* 2006, p. 48; O. Lepsius, ‘Sozialwissenschaften im Verfassungsrecht – Amerika als Vorbild?’, *JZ* 2005/1, p. 8 (sprekend over het ‘Bewertungsproblem’ en het ‘Sein-Sollen-Fehlschluss’). Met nuances ook S. Taekema & B. van Klink, ‘On the border’, in: B. van Klink & S. Taekema (red.), *Law and Method. Interdisciplinary Research into Law*, Mohr Siebeck: Tübingen 2011, p. 17-19. Meer in het algemeen over ‘is’ en ‘ought’ zie J. Hage, ‘Juridical Acts and the Gap between Is and Ought’, *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 2013 (42) 1, p. 50 e.v.
- 11 J. Monahan & L. Walker, ‘Social Authority: Obtaining, evaluating, and Establishing Social Science in Law’, 134 *U. Pa. L. Rev.* 477 1985-1986, hebben betoogd dat ‘social science research’ geen bron is van feiten, maar van ‘social authority’. Die discussie gaat deze bijdrage echter te buiten.
- 12 Het gaat mij hier dus niet om het toetsen van de juistheid van de feitelijke aannames van een rechter of wetgever (‘debunking’). Wanneer wetgever of rechter zich op bepaalde feitelijke gegevens beroept, mogen die uiteraard getoetst worden; men beoordeelt dan de juistheid van de feitelijke grondslag, en maakt (nog) geen ‘sprong’. Dat proces ziet dus niet op de (eventueel later, als de gegevens juist blijken) te ondernemen sprong van feit naar norm, zie ook paragraaf 3.
- 13 I. Giesen, *Handle with care*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.
- 14 T.A. Dingus, S.S. Wreggit & J.A. Hathaway, ‘Warning variables affecting personal protective equipment use’, *Safety Science* 1993, 16, p. 655-673, m.n. p. 661, 663 en 668; zie ook J. Edworthy & A. Adams, *Warning Design: A Research Prospective*, Taylor & Francis: London 1996, p. 52-53, 59 en 73.
- 15 Zie voor die vraagstelling al eerder Giesen 2005, p. 87 e.v.; I. Giesen, ‘Recht en ... Psychologie: over de waarde die psychologische inzichten voor de civilist kunnen hebben’, *WPNR* 6912 (2011), p. 1073. Zie ook nader paragraaf 3.
- 16 J.M. Smits, *The mind and method of legal academic. On the nature, method and organization of the legal discipline*, Cheltenham: Edward Elgar 2012, nr. 16.

is om de sprong tussen empirische en juridische waardeoordelen te maken.¹⁷ Nader onderzoek naar die kwestie is daarmee dus geboden.

In dit verband wijs ik ook op de opmerking van Lawless, Robbennolt & Ulen in hun 'casebook' over 'Empirical Methods in Law'¹⁸ dat:

'It is also important to recognize that an empirical approach is not suited to answer all legal questions. While it is true that empirical evidence frequently provides us with crucial insights into important public policy issues on which there are deeply opposing views, such issues may ultimately turn on normative issues that cannot be answered by empirical research.'

En inderdaad: empirische vergezichten kunnen de juridische redenering aanvullen of nuanceren of bepaalde veronderstellingen ontkrachten, maar deze kunnen nooit de normatieve,¹⁹ juridische analyse en de daaraan gerelateerde beleidskeuzes totaal vervangen,²⁰ zelfs niet als iemands keuzes wellicht deels gebaseerd zijn op empirisch feitenmateriaal. Kortom, omdat 'empirical insights' en juridische analyse niet zomaar samen gaan, moeten we de vraag stellen, steeds als we verder gaan dan het toetsen van de feitelijke juistheid van bepaalde gegevens en een normatieve kwalificatie of transformatie nodig is,²¹ hoe we de juiste vorm of wijze van 'vertaling' vinden?²² Om terug te komen op mijn eerdere (in de *Introductie* genoemde) voorbeeld: stel dat uit betrouwbare empirische gegevens zou blijken dat jeugdigen zich inderdaad van vandalisme laten weerhouden door de mogelijkheid van aansprakelijkheid, betekent dat dan dat wetgeving van die strekking ingevoerd moet worden? Het antwoord kan slechts ontkennend zijn, omdat ook andere overwegingen mee kunnen spelen (invloed op verzekeraarheid?). Maar als dat zo is, wat mogen en kunnen we dan wel met die feitelijke informatie?

Een volgende reden en rechtvaardiging voor bespreking van de genoemde kernvraag heeft te maken met de impact die 'multidisciplinariteit' gaat krijgen, en nu al heeft, op de privaatrechtswetenschap. De groei van die tak van sport, zou zo maar afhankelijk kunnen worden van het gebruik van empirische inzichten, en dan is

17 Uiteraard hangt die toekomst ook af van de manier waarop 'empirical legal scholarship' te werk gaat en of de juiste methode gebruikt wordt. Daarover voor Nederland Van Dijk 2011, en vooral L. Epstein & G. King, 'The Rules of Inference', 69 *U. Chi. L. Rev.* 1 2002, alsmede de stevige kritiek die zij in hetzelfde nummer van de *University of Chicago Law Review* (69 *U. Chi. L. Rev.* 2002) ontvangen van Cross e.a. (p. 135 e.v.), Goldsmith e.a. (p. 153 e.v.) en Revesz (p. 169 e.v.). Het antwoord volgt op p. 191 e.v.

18 R.M. Lawless, J.K. Robbennolt & Th.S. Ulen, *Empirical Methods in Law*, New York: Aspen 2010, p. 21.

19 Vgl. Rubin 1997, p. 555.

20 Zo ook al J.B.M. Vranken, 'Een nieuw rechtsrealisme in het privaatrecht', *WPNR* 6912 (2011), p. 1121, en J.B.M. Vranken & G. van Dijk, "'Law and..." bewegingen: een slotbeschouwing', *WPNR* 6912 (2011), p. 1125. Zie ook Rubin 1997, p. 556; Giesen 2005, p. 87 e.v.; Giesen 2011, p. 1072-1073; McGinnis 2006, p. 55, stelt: 'Empiricism is not going to forge consensus on all issues'.

21 Vranken 2011, p. 1121, refererend aan het werk van Mertz, zie hierna.

22 Andere 'traps for the unwary', zoals Vick 2004, p. 185, ze noemt, kan ik hier niet bespreken. En ja, ik weet dat niet alle empirische studies alleen descriptief zijn (Rubin 1997, p. 537-538).

de vraag naar de connectie tussen de twee van vitaal belang,²³ alle scepsis bij veel civilisten ten spijt.²⁴ Een laatste, veeleer praktische reden is dat de sociaalwetenschappelijke inzichten inmiddels al hun weg vinden naar de rechtbanken en hoven en daar beslissingen kunnen beïnvloeden.²⁵ Dat betekent dat de rechter enige notie moet hebben van hetgeen hij op zijn bord krijgt.

4. Verdere opbouw

Mijn zoektocht naar mogelijke antwoorden bestaat uit een scan van de bestaande literatuur over dit methodologische punt, voor zover ik deze heb kunnen achterhalen (paragrafen 5, 6 en 7). Daarna probeer ik, op die basis voortbouwend, een 'eigen' wijze van 'vertaling' tussen empirie en recht aan te reiken (paragraaf 9). Succes is daarbij niet verzekerd, maar ik denk uiteindelijk (paragraaf 10) dat als enkele meer formele, procedurele stappen gezet kunnen worden, de sprong van feit naar recht 'toegestaan' is, niettegenstaande de theoretische en praktische problemen die we dan nog steeds tegenkomen. De vraag is immers steeds 'how to appropriately use well-done, but inherently imperfect research for legal and policy purposes'.²⁶

5. De bestaande literatuur: Vrankan

Ons probleem is geen nieuw probleem,²⁷ want zoals Lepsius enkele jaren geleden al memoreerde, was het Kantorowicz die dit punt al opperde in 1934, in een artikel in de *Yale Law Journal* over 'Legal Realism'.²⁸ Daarbij valt wel op dat het probleem vaker benoemd wordt, maar vrijwel nooit echt bij de kern aangepakt, in de zin dat

23 Empirisch onderzoek 'will greatly advance our understanding of law', zo heeft Ulen 2006, p. 29, laten noteren. Zie ook Vrankan 2011, p. 1119 en 1120, en Vick 2004, p. 181-182, over de voordelen van interdisciplinair werk.

24 Ulen 2006, p. 34. Over de batenkant van social sciences in het recht: C. Engel, 'The Difficult Reception of Rigorous Descriptive Social Science in the Law', in: N. Stehr & B. Weiler, *Who Owns Knowledge? Knowledge and the Law*, New Brunswick: Transaction Publishers 2008, p. 200-202. Zie ook B.G. Garth, 'Observations on an Uncomfortable Relationship: Civil Procedure and Empirical Law', 49 *Ala. L. Rev.* 103 1997-1998, p. 106-107.

25 Zie E. Mertz, 'Undervaluing Indeterminacy: Translating Social Science into Law', 60 *DePaul L. Rev.* 397 (2011). Zie ook J. Monahan & L. Walker, 'Judicial use of social science research', *Law and Human Behavior*, vol. 15(6), 1991, p. 571-584; D. Nelken, 'Can law learn from social science', in: E. Mertz (red.), *The Role of Social Science in Law*, Ashgate: Aldershot 2008, en J. Sanders, S.S. Diamond & N. Vidmar, 'Legal perceptions of science and expert knowledge', in: E. Mertz (red.), *The Role of Social Science in Law*, Ashgate: Aldershot 2008, p. 223 e.v. Dit wil overigens niet zeggen dat als er 'empirical evidence' bestaat, dat deze altijd benut wordt, zie R. Lempert, 'Empirical Research for Public Policy: With Examples from Family Law', 5 *J. Empirical Legal Stud.* 907 2008, op p. 908, in noot 1.

26 J.K. Robbenolt, 'Evaluating Empirical Research Methods: Using Empirical Research in Law and Policy', 81 *Neb. L. Rev.* 777 2000-2003, p. 778. Zie ook J. Goldsmith & A. Vermeule, 'Empirical Methodology and Legal Scholarship', 69 *U. Chi. L. Rev.* 153 2002, p. 154 en 161.

27 Zie ook Engel 2008, p. 169-170, over soortgelijke 'interfaces' tussen recht en 'social sciences'.

28 Lepsius 2005, p. 8, en H. Kantorowicz, 'Some Rationalism about Realism', 43 *Yale L.J.* 1240 1933-1934.

de betreffende auteur vervolgens daadwerkelijk een oplossing aandraagt voor het (beter) kunnen overbruggen van de kloof tussen empirische gegevens en (daarop te baseren) juridische normatieve oordelen.²⁹ Ik pak de draad echter op in het huidige millennium, en dan begin ik met wat Vranken over deze thematiek te berde heeft gebracht. Dat deed hij overigens nog niet in zijn eerder genoemde *Algemeen Deel*^{***}. Dat had wellicht wel voor de hand gelegen, want voor hetzelfde geld ligt juist in het probleem dat hier besproken wordt wel een deel van de verklaring waarom civilisten niet te rade gaan bij meer empirisch georiënteerde collega's ('de vertaalslag is toch niet te maken, dus waarom zou ik').³⁰ Ik ben daar zelf overigens niet van overtuigd; 'onbekendheid' met en 'niet gewend zijn' aan de empirie liggen als verklaringen veel meer voor de hand. Wat daarvan zij, Vranken heeft nadien het thema van de noodzaak om te 'vertalen' tussen empirische studies en juridisch onderzoek, wel degelijk gesignaleerd en besproken.³¹

De noodzaak om tot een vertaalslag te komen, schuilt voor Vranken hierin dat sociale wetenschap niet altijd meteen inpasbaar en bruikbaar is in een juridische setting, bijvoorbeeld omdat die inzichten niet altijd gericht zijn op specifieke oplossingen voor een specifiek (juridisch) probleem, en omdat de uitkomsten van empirische studies regelmatig uit waarschijnlijkheden en gemiddelden bestaan. Het 'juiste' antwoord vinden in een poel van empirische inzichten is bovendien een illusie omdat ook dit soort onderzoek ter discussie staat en omgegeven is door onzekerheden. 'Transformatie' is dus niet alleen nodig, maar ook onvermijdelijk en zelfs een voorwaarde voor multidimensionaal onderzoek.³²

Zo'n transformatieproces is overigens niet iets waar juristen bang voor zouden moeten zijn, aldus Vranken, omdat zij immers getraind zijn in het afwegen van allerlei soorten argumenten, beginselen, cijfers, factoren, gezichtspunten, enzovoort, alvorens zij tot beslissingen komen. Juristen zullen dus in ieder geval de feiten normatief-juridisch moeten duiden (kwalificeren en vertalen). Dit proces van het wegen en rechtvaardigen (via een gedegen motivering) van een uitkomst, verandert niet al

29 Zonder dat hier uit te kunnen werken, noem ik hier Robbennolt 2002, p. 778, die 'the persistent tension between the methods of social science and the theory, goals, and settings of law and policy' bespreekt. Zij waarschuwt wel tegen de gevaren van het elders benutten van inzichten uit een andere wetenschap en zij informeert ons over hoe fouten in dat verband te voorkomen (bijv. door 'debiasing') maar een meer algemene instructie over hoe sociaalwetenschappelijke inzichten getransplanteerd kunnen worden naar het recht, biedt zij niet. Een tweede voorbeeld is Vick 2004. Dit werk noemt allerlei soorten gevaren, waaronder de moeilijkheid om andere disciplines te begrijpen en om misinterpretaties te voorkomen (p. 185), maar ons centrale thema komt slechts zijdelings aan bod en wordt niet uitgewerkt. Lepsius 2005, p. 12-13, herdefinieert ons thema als een juridisch bewijsprobleem en redeneert er zo omheen. Voor Lawless, Robbennolt & Ulen 2010, p. 14, zijn, tot slot, de geaggregeerde patronen die empirische studies leveren relevant voor de oplossing van individuele gevallen omdat 'establishing what tends to happen in general provides evidence of what happened in the individual case'. Zulk bewijs is niet direct beslissend maar het werpt wel (nieuw) licht op het individuele geval.

30 Vick 2004, p. 189, stelt in dit verband: 'At the very least, if information concerning the alien discipline cannot be transformed into something compatible with the schemata that academic lawyers already possess, it will not be useable by more than a small handful of those for whom interdisciplinary works are written.'

31 Zie Vranken 2011, p. 1121. Zie ook al J.B.M. Vranken, 'Nieuwe richtingen in de rechtswetenschap', WPNR 6840 (2010), p. 325.

32 Vranken 2011, p. 1121.

te zeer wanneer empirische, sociaalwetenschappelijke feiten en inzichten aan het totaalplaatje worden toegevoegd. Hierin schuilt dus niet het grootste probleem voor juristen en voor nieuwe stromingen in juridisch onderzoek, aldus Vranken.³³ Zijn oplossing voor de hier centraal gestelde kwestie is daarmee om de nieuwe inzichten toe te voegen aan de bundel argumenten en feiten die de jurist toch al zal moeten wegen en balanceren.

De schoonheid van eenvoud kleeft deze oplossing aan, maar is het ook genoeg om de brug tussen feit en recht *echt* te kunnen slaan? Wellicht wel, maar tegelijk lijkt deze oplossing ook incompleet in die zin dat er verder geen aanwijzingen gegeven worden over hoe dat proces dan voltrokken zou kunnen worden. Hoeveel gewicht mogen de empirische feiten, bijvoorbeeld het gegeven dat civielrechtelijke aansprakelijkheid een mogelijke jeugdvandaal juist wel of juist niet ontmoedigen zal, krijgen in de afweging? Meer of minder dan juridische argumenten of beginselen? En hoe moet de juridische beslisser omgaan met het gegeven dat de empirische feiten veelal over gemiddelden en standaarddeviaties gaan ('de gemiddelde jeugdvandaal'), ontleend aan een grote dataset, en dus niet zien op een specifieke casus met de daaraan verbonden omstandigheden van het (specifieke) geval of individu ('Gijs van Gestel, 14 jaar') die in de juridische afweging zo bepalend zijn?³⁴ En het wegingsproces zelf, wordt dat daadwerkelijk zo doorgevoerd door de rechter als blijkbaar de bedoeling is? Gaat de rechter zich verdiepen in het onderzoek naar de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht op vandalisme van jeugdigen? Over dit soort dingen moet meer worden gezegd om tot een echt zinvolle uitweg te kunnen geraken.

6. De transparantiemythe: Mertz

Zoals uit de verwijzingen in zijn artikelen is te halen, heeft Vranken zich laten inspireren door het werk van Elizabeth Mertz, die in dit verband over de 'Transparency Myth' spreekt. Het is daarom goed om nader te bekijken wat zij over deze materie te melden heeft. Mertz was de editor van een aantal essays over 'The role of social science in the law', en in haar introductie wordt amper aandacht besteed aan ons centrale thema. Zij benadrukt daarin het belang 'that we study the process of interdisciplinary translation itself', alleen al omdat we gewaarschuwd zouden moeten zijn 'against an unduly simplistic approach to bridging important differences between law and social science', want anders maken we onvermijdelijk analytische fouten.³⁵

Vervolgens bespreekt ze het thema van het mengen van disciplines waarbij ze de belangrijke vraag stelt of een overgang tussen disciplines wel mogelijk is

33 Vranken 2011, p. 1121. De grootste bedreiging ligt volgens Vranken in het verwerven van voldoende methodologische kennis om de betrouwbaarheid van sociaalwetenschappelijk onderzoek te kunnen beoordelen en interpreteren.

34 Zie bijvoorbeeld Lawless, Robbennolt & Ulen 2010, p. 14, en D. Canter, 'In the Kingdom of the Blind', in: D. Canter & R. Žukauskienė, *Psychology and Law. Bridging the Gap*, Ashgate: Aldershot 2008, p. 1-4, alsmede Rubin 1997, p. 556.

35 E. Mertz, 'Introduction', in: E. Mertz (red.), *The Role of Social Science in Law*, Ashgate: Aldershot 2008, p. xiii en xiv.

zonder daarmee iets belangrijks te verliezen.³⁶ Ze concludeert dan, lichtelijk veront-
rust(end):³⁷

‘In sum, any accurate or adequate attempt to move from social science to law (or vice versa) requires systematic attention to the translation process itself. (...) Analysis from diverse disciplinary points of view teaches us that this translation process is far from transparent. The important task ahead of us, then, is to develop better understandings of legal and social scientific “transduction” – or translation in the more complex sense (...). Only from that foundation can we calculate the trade-offs involved in one approach as opposed to another. Although there is reason to be concerned that the average law student or lawyer or social scientist has had little opportunity to consider these trade-offs, there are some arenas in which the issue has been more foregrounded than others.’

Gelukkig schuilt er ook nog een vleugje optimisme in het slot van haar introductie, waar zij stelt:³⁸

‘Neither social scientists nor legal professionals benefit from the myth of transparent translation. Careful analysis of the very different epistemologies, institutional settings, goals and languages involved can only improve interdisciplinary communication. From the social scientists’ perspective, if a core goal is achieving better understandings of law, then it is clearly important to proceed with an accurate sense of the internal categories that organize legal experience. From legal professionals’ point of view, achieving good results from the use of social science requires at least some sophistication about the systems of knowledge behind them. Neither of these is possible unless we transcend the myth that we are speaking the same language and move beyond the somewhat arrogant assumption that we can effortlessly pick up each other’s professional knowledge. Translation of this kind will inevitably, as we noted at the outset, involve transformation and, indeed, loss. But it is possible to move forward with some care, developing more systematic analyses not only of the kinds of losses and transformations involved, but also of the gains to be had from a more informed and critical conversation [mijn curs., IG].’

Dit optimisme is wellicht gerelateerd aan het feit dat Mertz zelf, in een latere publicatie, in staat is gebleken om ons ten minste enige raad te verschaffen.

Immers, in een artikel in de *DePaul Law Review*³⁹ uit 2011 heeft zij voorgesteld om inzichten uit de ‘linguistic anthropology’ te gebruiken in ons denken over hoe de transitie van sociale wetenschap naar recht is te maken, waarbij een extra belemmering is dat juristen ‘poorly equipped’ zijn op dit vlak, terwijl sociale wetenschappers ‘[are] frequently blissfully unaware of the realities of the legal universe into

³⁶ Mertz 2008, p. xvii.

³⁷ Mertz 2008, p. xviii.

³⁸ Mertz 2008, p. xxix.

³⁹ Mertz 2011.

which their findings may be dropped.⁴⁰ Daaruit kan dan het navolgende worden geconcludeerd:⁴¹

‘As a consequence, people on both sides of this ongoing conversation may proceed unaware that they are assuming a level of interdisciplinary transparency that does not exist. They may, in fact, be trying to have two very different conversations. At best, they leave these exchanges with a smug sense of superiority, reflecting on how stupid or silly the other disciplinary perspective was. At least in this case they are aware that there is some kind of disciplinary difference. At worst, they leave thinking that they have understood one another perfectly, when in fact they selectively heard bits and pieces that they found useful, fitting them into their own disciplinary frameworks. In these cases, a failure to carefully reflect on the translation process itself yields misleading results, paired with a misguided sense of overconfidence in the scientific validity of those results.’

Kortom, er moet iets gebeuren. Mertz’s gedachten in dit verband zijn vervolgens op hun beurt geïnspireerd door het werk van de antropologisch linguïst Michael Silverstein.

Die Silverstein⁴² heeft een concept van ‘vertalen’ voorgesteld dat hier wellicht zinvol te gebruiken is, in elk geval op theoretisch vlak, omdat we tussen recht en sociale wetenschap niet echt vertalen; er is geen sprake van (letterlijke) omzetting van woorden in exacte equivalenten van een andere taal (hier: een andere wetenschap). Dat past overigens bij ‘echt’ linguïstisch vertalen, want ook daarbij zijn dit soort rechtoe-rechtaan equivalenten zeldzaam; en buiten die zeldzame gevallen is de switch tussen talen nooit een eenvoudige, transparante omzetting naar een andere taal omdat dat proces de bedoelde uiting vaak niet afdoende ‘pakt’.⁴³ Vertalen, ‘translation’, wordt bij Silverstein daarom ‘transduction’.⁴⁴ Een voorbeeld: het gebruik van ‘vous’ in het Franse kan betekenen dat je meerdere personen aanspreekt of dat je een beleefdheidsvorm benut. Het vertalen van dit ‘vous’ als ‘you’ in het Engels is dan gewoonweg niet goed genoeg ‘to transduce’ de kern van wat bedoeld wordt. En evenzeer zijn inzichten en ‘regels’ uit de economie, psychologie of sociologie niet altijd een-op-een toepasbaar of nuttig in een juridische setting.

Soms is echter een nog verdergaande stap nodig, en moeten we een echte ‘transformation’ maken. Zoals Mertz uitlegt:⁴⁵

40 Mertz 2011, p. 406.

41 Mertz 2011, p. 406.

42 Zie M. Silverstein, ‘Translation, Transduction, Transformation: Skating “Glossando” on Thin Semiotic Ice’, in: P.G. Rubel & A. Rosman (red.), *Translating Cultures: Perspectives on Translation and Anthropology*, Berg: Oxford 2003, p. 75. Ik heb hier het verslag van Mertz 2011, p. 406 e.v., ten aanzien van Silverstein’s theorie gevolgd.

43 Zo is bijvoorbeeld de tekst ‘may you give birth to a wandering ghost’ een zeer kwetsende uitlating in het Tonkawa, maar die essentie wordt niet echt ‘gegrepen’ wanneer de tekst in het Engels is vertaald. Omgekeerd, het vertalen van gebruikelijke scheldwoorden als ‘screw you’ in een vorm als ‘you have sex’, bereikt ook niet wat beoogd is. Zie Mertz 2011, p. 407.

44 Silverstein 2003, p. 83 e.v.

45 Mertz 2011, p. 409, in navolging van Silverstein 2003, p. 91 e.v.

‘Certainly, when we are translating between different cultural contexts as well as different languages, he [Silverstein, IG] notes, we can no longer speak of “translation” in the most transparent sense, because we have to shift so much of the literal meaning to achieve anything resembling equivalence in the overall meaning. In fact, the search for equivalence may in and of itself distort; when we try too hard to create an equivalence, we may hide the fact that there are things that we simply cannot translate. Thus, the appearance of equivalence in our translation results in an even more imprecise sense of the differences between the two systems for our listeners or readers.’

Als gevolg daarvan geldt echter dat ‘any accurate or adequate attempt to move from social science to law (or vice versa) requires systematic attention to the translation process itself’. En als dat zo is, dan moeten we een beter begrip van ‘legal and social scientific “transduction” (i.e. translation in the more complex sense)’ ontwikkelen.⁴⁶ Mertz concludeert dan ook dat het nodig is te starten met een assessment van de verschillende normen die gelden binnen de wetenschappen die naar het recht vertaald (moeten) worden.⁴⁷ Gelukkig is op dat vlak al wel wat werk verricht, bijvoorbeeld door Canter,⁴⁸ waarop dan voortgebouwd kan worden. Dat is ook nodig want deze theoretisch gefundeerde bijdrage van Mertz aan ons debat zal wel nog moeten worden omgezet in concrete aanwijzingen die toepasbaar en bruikbaar zijn in de dagelijkse praktijk van interdisciplinair onderzoek, en dat is een ‘understatement’.

7. Een alternatief uit Duitsland: Engel

Naast Mertz is ook de benadering van Engel, zelf van oorsprong jurist, maar inmiddels vooral experimenteel bezig,⁴⁹ specifiek voor juristen interessant. Engel heeft zichzelf de vraag gesteld waarom juristen zo terughoudend zijn in het gebruik van sociale wetenschappen, zelfs wanneer dat louter voor descriptieve doeleinden is. Zijn de blijkbaar breed levende zorgen legitiem?⁵⁰ Hij bespreekt vervolgens mogelijke redenen voor deze terughoudendheid (gebrek aan expertise; afbreuk doen aan macht van de juristen; andere taak, andere redeneervormen, enz.⁵¹) en stelt dan dat, gegeven die moeilijkheden, de integratie van sociale wetenschappen binnen het juridische domein een vorm van ‘kunst’ is die niet in een ‘one size fits all’ mal is in te passen. Sterker nog:⁵² ‘every new case, every new topic and every new academic paper must find the individually best way to carry off the integration’.

⁴⁶ Mertz 2011, p. 409.

⁴⁷ Mertz 2011, p. 412.

⁴⁸ Vgl. het overzicht bij Canter 2008, p. 2.

⁴⁹ Zie ook zijn Rotterdamse oratie, C. Engel, *Legal Experiments: Mission Impossible?*, Erasmus Law Lectures 28, The Hague: Eleven International Publishing 2013.

⁵⁰ Engel 2008, p. 170. Zie ook Blumenthal 2002.

⁵¹ Engel 2008, p. 173-200.

⁵² Engel 2008, p. 202. In zijn oratie (Engel 2013) worden voorbeelden genoemd van (wat ik dan noem) ‘pogingen tot integratie’, via experimenten over en in het recht. Kritisch over (economische) experimenten: K. Zeiler, ‘Cautions on the Use of Economics Experiments in Law’, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 166 (2010), p. 178-193.

Als zodanig schuilt hierin uiteraard geen antwoord op onze centrale vraag, maar Engel geeft wel enige aanwijzingen die behulpzaam zouden kunnen zijn. Hij wijst ten eerste op de mogelijkheid van een procedurele in plaats van een materiële manier van omgaan met deze kwestie, hetgeen ook een typische werkwijze is voor juristen die overweldigd zijn door de complexiteit van het probleem. Ook moedigt hij de lezer aan om verschillende casusposities verschillend te benaderen (een zaak over abortus is onvergelijkbaar met een auteursrechtinbreuk). Ten derde stelt hij voor om onderscheid te maken tussen de totstandkoming en de verwoording en verantwoording van de rechterlijke uitspraak, met daarbij een toegankelijke rechtvaardiging en motivering voor het gebruik van inzichten uit de sociale wetenschappen in een zaak. Daarnaast meent hij dat juridische wetenschappers, die ook getraind zijn in sociale wetenschappen, als intermediairs, als *interface actors*, zowel de juristen als de methodologische standaarden als het gaat om de integratie van recht en sociale wetenschap kunnen bedienen. Daarbij geldt uiteraard dat het tweede, derde en vierde idee in feite voorbeelden zijn van de meer procedurele aanpak die hij als eerste aanraadt, en die wellicht een interessant opening biedt. Maar daarover zo meer (paragraaf 9).

8. Tussenconclusie

Waar staan we nu? We zijn niet veel verder gekomen, zo lijkt het. Ons thema is een serieus discussiepunt waaraan gewerkt moet worden, maar hoe dan? Vormt een extern inzicht 'slechts' een volgend argument dat ingebouwd moet worden in de afweging (Vranken) of geldt dat wellicht alleen maar als een bepaald procedureel patroon is gevolgd (Engel)? Mertz heeft een op zich waardevol traject laten zien (systematisch aandacht besteden aan het proces van vertalen als zodanig), maar makkelijk is dat niet. Meestentijds wordt het probleem echter vooral genegeerd en niet opgelost.⁵³

Hoe dat komt? Wellicht is het probleem te groot, te complex, en dus onoverkomelijk? Dat het lastig is, is duidelijk, en dat ligt waarschijnlijk (mede) hieraan dat de scheiding tussen 'Sein' en 'Sollen', tussen 'is' en 'ought', een fikse barrière vormt. Daar komt dan bij dat, zoals Vranken ook al aangaf, een juridische beslissing in beginsel een individueel geval betreft waar datasets zien op gemiddelden gebaseerd op vele tientallen, honderden, duizenden gevallen, alsmede het gegeven dat in de juridische praktijk empirische inzichten toch al benut worden als een rechter, beleidsmaker, advocaat daartoe beslist (en daar kan niemand iets tegen doen, behalve waarschuwen voor de gevaren). Niettemin volgt hieruit ook dat ons centrale

53 Vgl. Taekema & Van Klink 2011, p. 10 e.v. en p. 29 e.v., die diverse typen en vormen van interdisciplinair onderzoek onderscheiden maar de 'vertaalslag' niet behandelen, en vgl. ook nog S. Taekema & B. van Klink, 'Dwarsverbanden. Interdisciplinair onderzoek in de rechtswetenschap', NJB 2009, p. 2559 e.v. waarin de noodzaak van een vertaalslag alleen wordt benoemd (p. 2562). Zo ook de (overigens) prachtige en leerzame studie van W.H. van Boom, 'Empirisch Privaatrecht: enige beschouwingen over de rol van empirisch onderzoek in de hedendaagse privaatrechtswetenschap', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2013, nr. 1, p. 7-84.

probleem een reëel probleem is, zodat er alle reden is om toch nog een poging te wagen om nog net iets verder te geraken.⁵⁴

9. Discussie: een mogelijke oplossing?

Op basis van het voorgaande ligt het voor de hand aan te nemen dat alleen van geval tot geval een antwoord mogelijk is op de vraag of de sprong van empirische inzichten naar juridische, normatieve oordelen mogelijk is, omdat de juridische weging van argumenten ook van geval tot geval geschiedt; waarschijnlijk is daarbij dan tevens de aanwezigheid nodig van een normatief geladen, intern-juridische reden op basis waarvan een inzicht van elders in rechte acceptabel is, als onderdeel van de totale afweging. De jurist neemt dan in wezen echter alleen de *inspiratie* van elders (economie, sociologie, psychologie) 'over', zodat het hier niet echt om het 'vertalen' van A naar B gaat, maar veeleer hierom dat B 'gevoed' wordt door A. Het grote voordeel van die gedachtegang is uiteraard dat niemand een ander het ontlenen van inspiratie aan wat dan ook kan ontzeggen. Maar het is ook nihilisme in *extremis*, en dus waag ik nog een poging om toch nog met een alternatief te komen.

Als het definitieve antwoord op de vraag hoe de vertaalslag te maken is, blijkbaar niet te vinden is, dan rest ons slechts 'plan B', het op een-na-beste-scenario, en dat ziet er dan wat mij betreft zo uit dat we op zoek moeten naar een procedurele vorm of werkwijze, een formeel proces, op basis van formele stappen en regels over wat mag en wat niet mag, over wat moet, en over de wijze en mate van verantwoording afleggen over wat er gedaan is. Daarmee zou dus het *proces* van het gebruik van empirische inzichten in het juridische discours gestuurd worden; we spreken dan over een (in Amerikaanse termen) *due process approach*.⁵⁵ Concreet: willen we de uitkomsten van empirisch onderzoek naar de preventieve werking van civielrechtelijke aansprakelijkheid op mogelijk vandalisme 'meenemen' in een besluit over welke regels (schuld-, risico- of geen aansprakelijkheid?) zouden moeten gelden, dan zouden in elk geval enkele formele stappen (zie hierna) gezet moeten zijn of worden.

Het is nuttig nog wat nader in te gaan op een dergelijke aanpak, die voortbouwt op en weerklank vindt bij wat de eerdere besproken auteurs (Vranken, Mertz, en Engel) hebben verdedigd. Als er een 'mismatch' bestaat tussen wat een sociale wetenschap als 'waarheid' beschouwt en dat wat het recht als zodanig behandelt, dan is dat enkele feit onvoldoende reden of rechtvaardiging om het recht dan maar aan te passen. Het recht heeft zijn eigen normatieve kaders en heeft een eigen afweging

54 Dit vertaalprobleem speelt overigens ook bij het gebruik van rechtsvergelijkende gegevens, maar dat kan ik hier niet verder uitwerken. Voor een concreet voorbeeld: I. Giesen, 'The Use and Influence of Comparative Law in "Wrongful Life" Cases', *Utrecht Law Review* 2012, vol. 8, nr. 2, p. 35.

55 Een dergelijke aanpak is eens te meer nodig omdat de vaak gesuggereerde oplossing voor allereerste problemen, te weten: om in interdisciplinair teamverband te werken (Vranken 2010, p. 324), niet beschikbaar is in deze, omdat dat teamverband geen einde maakt aan de noodzaak van een vertaalslag van A naar B, de vertaalslag die blijkbaar geen van de experts uiteindelijk kan maken.

te maken. Als we om reden X of Y helemaal geen aansprakelijkheid van jeugdigen zouden willen, dan is dat van groot gewicht, ook als de empirie anders aangeeft. In de noodzakelijke afweging van alle argumenten kan het niet-juridische inzicht in kwestie behoorlijk belangrijk zijn, bijvoorbeeld omdat dat een nieuw element aan de discussie toevoegt en die zo verrijkt,⁵⁶ maar het is op zichzelf niet voldoende; andere redenen mogen en kunnen aanleiding geven om toch anders te besluiten, om tot andere waardeoordelen te geraken.⁵⁷

Dit idee leidt tot een terughoudende opstelling, in die zin dat een rechter, wetgever (of wetgevingsambtenaar) of juridisch onderzoeker enkel ‘toestemming’ heeft om de sprong van een extra-juridisch, empirisch inzicht naar een juridisch-normatief oordeel en oplossing te wagen, indien bepaalde formele, procedurele voorwaarden (‘due process’) in acht zijn genomen.⁵⁸ De navolgende (niet-limitatieve set) van voorwaarden/vragen/criteria (die uiteindelijk allemaal van doen hebben met normale methodologische problemen⁵⁹) kunnen in dit verband genoemd worden:

- Is het betreffende empirische onderzoek relevant voor de rechtsvraag in kwestie?
- Is dat onderzoek conform de ‘state of the art’ in het betrokken veld, qua methodologie, research design, implicaties, enzovoort?
- Is dat onderzoek als zodanig valide en betrouwbaar?
- Is er conflicterend materiaal over dezelfde kwestie?
- Is de studie gerepliceerd en bevestigd of niet, en zo nee, waarom niet?
- Is de studie een bouwsteen binnen een groter onderzoeksterrein dat als geheel nodig is om tot beleidsaanbevelingen te kunnen komen?
- Is de onderzoeker een expert, objectief en betrouwbaar, enzovoort?⁶⁰

Inzake al deze aspecten is vervolgens de motivering door de gebruiker (rechter, wetgever) van de extra-juridische informatie cruciaal, bijvoorbeeld als het gaat om de rechtvaardiging om inzichten uit geaggregeerde data naar een individueel geval te transponeren.

Uiteraard vergt deze aanpak dat rechters, wetgevers, onderzoekers enigszins bekend zijn met (de methodologie van) de andere wetenschap waaruit geput wordt. Dat zal nog een fikse barrière zijn.⁶¹ Zolang dat het geval is en ons juridische onderwijs niet is aangepast,⁶² kan wellicht gebruik worden gemaakt van door de rechter

⁵⁶ Smits 2012, nr. 39; Giesen 2005, p. 18-21.

⁵⁷ Daarover ook Blumenthal 2002, p. 48-51.

⁵⁸ Dat is ook de wijze waarop een rechter omgaat met wetenschappelijke informatie van externen, bijv. via een deskundigenbericht, vgl. Canter 2008, p. 6-7.

⁵⁹ Denk aan ‘construct validity’, ‘internal and external validity’, ‘biases’. Zie bijv. Robbenolt 2002, p. 779.

⁶⁰ Vranken 2009, p. 1090, stelt drie vragen. Naast vragen inzake ‘relevantie’ en ‘betrouwbaarheid’, werpt hij op hoe de transformatie naar het recht te maken is. Dat is precies de vraag die ik wil beantwoorden door de eerste twee punten aan te snijden. Uiteraard kunnen andere aspecten toegevoegd worden. Monahan & Walker 1986, p. 499 e.v., werken bijvoorbeeld met vier criteria (surviving critical review; valid methodology; generalizability; supported by other research).

⁶¹ Het is lastig voor een rechter om inzichten van elders op waarde te schatten (Vranken 2009, p. 1090), en validiteit testen is geen sinecure (Vranken 2011, p. 1121).

⁶² Zie R.A.J. van Gestel, W.H. van Boom & I. Giesen, ‘Een landelijk Centrum voor Methodologie en Empirische Rechtsbeoefening’, *NJB* 2012/29, p. 2032-2035.

benoemde deskundigen om het (nut van) het betreffende extrajuridische inzicht (en het materiaal daarachter) te verzamelen en evalueren,⁶³ zoals dat nu al geschiedt in medische kwesties.⁶⁴ De rechter valt dan dus terug op een expert om hem te adviseren over hoe een redelijk bekwaam en redelijke handelende ‘gatekeeper’ (die immers ‘junk science’⁶⁵ buiten de deur moet houden) te zijn als het gaat om sociaalwetenschappelijke inzichten.⁶⁶

10. Implicaties en conclusies

David Canter heeft geschreven – voordat hij ingaat op de verschillen tussen juristen en psychologen⁶⁷ – dat om het gat tussen recht en psychologie te kunnen overbruggen ‘it is essential that all those involved have “professional humility”’, hetgeen wil zeggen dat ‘each profession recognizes that it sees only part of the whole picture and that there are equally legitimate if rather different perspectives’.⁶⁸ Teneinde dat inderdaad te kunnen doen en (beleids)beslissingen te kunnen genereren op grond van de best beschikbare gegevens vanuit zo veel mogelijk perspectieven (juridisch en anderszins), stel ik het volgende voor.

In navolging van Mertz is het nodig om te (blijven) werken aan het proces van vertaling als zodanig; dat werk kan dan wat mij betreft gericht worden op het nader uitwerken van de ‘due process’ benadering, welke ik zou willen bepleiten om de schijnbaar onoverbrugbare kloof tussen feitelijke gegevens en juridische besluiten te slechten. Indien het zo, met de bijpassende professionele bescheidenheid wordt aangepakt, is het mijns inziens onverminderd zinvol en vruchtbaar om ‘een kijkje bij de (wetenschappelijke) burens te nemen’ en daar eventueel ‘leentjebuur’ te spelen als het om mogelijk waardevolle inzichten gaat.⁶⁹ We bereiken dan dat allerlei soorten en typen van externe inzichten (lees: argumenten in de handen van juristen) als het ware ‘geïnternaliseerd’ en meegewogen worden, en dat op een fatsoenlijke basis, als ten minste procedurele ‘beschermingsmaatregelen’ worden benut; dat draagt bij aan (‘verbetert’) de normatieve argumentatie die de jurist moet doorvoeren.⁷⁰ Als de jurist de kennis meegekregen heeft dat jeugdvandalen wel of niet gevoelig zijn voor civielrechtelijke aansprakelijkheid, dan is dat waardevolle informatie binnen het totale palet van argumenten voor of tegen de inzet van het aansprakelijkheidsrecht.

63 Vgl. Monahan & Walker 1986, p. 512 (maar voor hen is dat een ‘last means of resort’).

64 Vgl. Lepsius 2005, p. 12, die deze aanpak in breder verband propageert.

65 In de VS werkt het zo op basis van de *Daubert*-zaak van het Supreme Court (509 U.S. 579, 1993). Ik kan daar niet nader op ingaan in deze bijdrage.

66 Uiteraard komen dan ook alle problemen verbonden aan deskundigen (berichten) binnen maar dat is onvermijdelijk en m.i. uiteindelijk hanteerbaar, vgl. B.L. Cutler & M.B. Kovera, ‘Expert Psychological Testimony’, *Current Directions in Psychological Science* 2011, 20, p. 53-57.

67 Daarover ook Mertz 2011, p. 403 e.v.; Rubin 1997; Engel 2008.

68 Canter 2008, p. 1. Vgl. Blumenthal 2002, p. 5 en 24.

69 Zie ook Mertz 2008 en Taekema & Van Klink 2009, p. 2565.

70 Op die manier is er ook sprake van feedback waarvan juristen kunnen leren, zie J.J. Rachlinski, ‘The “New” Law and Psychology: A Reply to Critics, Skeptics, and Cautious Supporters’, 85 *Cornell L. Rev.* 739 (1999-2000), p. 757.

Zo'n meer geïnformeerde afweging is in elk geval ook te verkiezen boven een lukrake sprong in het feitelijke diepe. En zelfs als zo'n extern inzicht dan uiteindelijk geen juridische verandering teweeg brengt, noch anderszins beslissend is gebleken, is dit toch van belang geweest, alleen al omdat de weging van argumenten daarmee een andere is geworden. Zo kan het bijvoorbeeld bijdragen aan de kracht van de andere, wél beslissende argumenten dat een extern perspectief in de afweging is betrokken maar niet krachtig genoeg is gebleken om de uiteindelijk bereikte uitkomst tegen te gaan.

Ik concludeer. Onderzoekers in het veld van (breed gedefinieerd) 'legal empirics' zullen (a) voorzichtig moeten zijn, maar liefst ook doortastend genoeg om (b) de brug tussen empirie en recht (verder) te slechten, wanneer (c) bepaalde procedurele stappen gezet zijn, en (d) een behoorlijke motivering is gegeven. Voor het daadwerkelijk overnemen en oppakken van de hier gepropageerde *due process* benadering pleit dat deze raakt aan de kern van wat juridisch redeneren uiteindelijk is, namelijk het verschaffen van een gedegen rechtvaardiging voor een beslissing, na weging van alle argumenten voor en tegen de oplossing die bereikt is.

Verwevenheid van recht en economie

Eric van Damme*

In dit artikel betoog ik dat samenwerking tussen juristen en economen op het terrein van maatschappelijke ordening vruchtbaar kan zijn. De vraag 'Hoe moet de maatschappij geordend worden?' kan niet door economen of juristen alleen beantwoord worden, maar beide disciplines kunnen inzichten bijdragen. Juristen focussen op eisen van rechtvaardigheid en rechtszekerheid en stellen dat ook doelmatigheid belangrijk is. Hun discipline biedt echter geen methode waarmee effecten van regels voorspeld kunnen worden, zodat zij doelmatigheid niet goed met de twee andere criteria kunnen combineren. De economische wetenschap is juist sterk in het kaart brengen en voorspellen van de effecten van veranderingen in ordening, terwijl zij zwak is in het normatief waarderen van die effecten. Om samenwerking te bewerkstelligen is het allereerst noodzakelijk misverstanden over de economische wetenschap uit de weg te ruimen. Misverstanden zijn, onder andere, dat economie uitgaat van materieel egoïsme, beperkt is tot het economisch domein van de maatschappij en tot sterke normatieve conclusies leidt. Geen van drieën is het geval. Economen stellen als doel het welzijn van de individuele leden van de maatschappij te bevorderen en hun kernaannames zijn dat mensen doelgericht zijn en dat interactie tot een maatschappelijk evenwicht leidt. Deze drie principes kunnen ook voor juristen een goed uitgangspunt vormen.

1. Inleiding

Dit artikel betoogt dat de wetenschappelijke disciplines economie en recht elkaar op het gebied van maatschappelijke *governance* kunnen versterken. Met behulp van economische methoden kunnen de effecten van (veranderingen in) regels en instituties *ex ante* voorspeld en *ex post* geëvalueerd worden. De sterkte van de economie zit in haar precisie en in de kracht van haar positieve analyses. De institutionele en de normatieve kant van het vak zijn echter relatief onderontwikkeld, dat laatste omdat economen niet weten hoe ze interpersonele nutsvergelijkingen kunnen maken. De rechtswetenschap is complementair met de economische. Juristen hebben een brede blik, een goed gevoel voor wat echt belangrijk is en weten hoe belangen tegen elkaar af te wegen. Zij kunnen economen helpen nog relevanter modellen te construeren, effecten te waarderen en normatieve conclusies te formuleren. Samenwerking tussen juristen en economen kan daarom meerwaarde creëren. Om die samenwerking tot stand te brengen is het nodig eerst een aantal misverstanden over economie uit

* Prof. dr. E.E.C. van Damme is hoogleraar in de economische wetenschappen, CentER, TILEC, and Department of Economics, Tilburg University, P.O. Box 90153, 5000 LE Tilburg, e-mail: <eric.vandamme@uvt.nl>.

de weg te ruimen. Dit artikel doet dat door te beschrijven wat de economie is en doet, en door juridische kritiek op de economische methode te nuanceren.

De economie onderscheidt zich van andere sociale wetenschappen door haar theoretisch-empirisch karakter en haar imperialistische neiging (Lazear 2000). Zij is eerder methode dan domeinwetenschap. Bij die methode speelt de wisselwerking tussen theorievorming en empirische toetsing een belangrijker rol dan bij de meeste andere sociale wetenschappen. Economen denken dat hun methode breed bruikbaar is, vandaar het imperialisme. Rechten is onderdeel van de geesteswetenschappen en van de maatschappijwetenschappen (Franken 2004), maar aan het eerste aspect wordt hier voorbijgegaan. De lezer vindt in dit artikel geen beschouwingen over *wrongful life* of vrijheid van meningsuiting. Ik ga uit van een instrumentele visie op het recht en focus op regels als instrument voor maatschappelijke ordening.

Vanwege hun brede werkerterrein hebben academisch juristen veel belangstelling voor andere disciplines. WPNR (2011) bespreekt de relevantie van de verschillende *Law and*-bewegingen voor het privaatrecht. Er wordt wel gesteld dat *Law and Economics* de meest succesvolle van deze stromingen is, althans in de VS. Citatie-analyses en tellingen van het aantal niet-juristen verbonden aan *Law Schools* ondersteunen die visie; zie Landes en Posner (1993) en Shapiro en Pearse (2012). In Europa lijkt *Law and Economics* bij juristen juist de meeste weerstand op te roepen. Ik denk dat, naast onbegrip over wat het vak is en doet, dit komt doordat de economie een andere relatie tot het recht heeft dan de andere sociale wetenschappen. Juristen zijn gewend andere wetenschappen als hulpdisciplines te zien. Economen zien *Economics as the Queen of Social Sciences* en weigeren om louter als hulptroepen ingezet te worden. Zij brengen hun eigen modellen en wiskundig-statistische methoden mee, die voor juristen vreemd zijn. Belangrijker is wellicht nog dat rechtseconomen focussen op efficiency als (enig) normatief criterium, wat juristen te eng vinden. Rechtseconomen zijn bijgevolg niet alleen complementair met juristen, maar ook directe concurrenten daarvoor.

De disciplines rechten en economie zijn zeer verschillend. Economie is vooral een positief-analytische (verklarende) wetenschap, terwijl de rechtswetenschap primair normatief georiënteerd is, gericht op de vraag 'Wat behoort?' Uitgaande van het probleem van de rechter, is het perspectief bij rechten *ex post*, gefocust op de zaak en oplossingsgericht. Met als kernvraag 'Hoe kan het systeem verbeterd worden?' zoekt de economie naar causale verbanden, wat een *ex ante* perspectief vereist. Beide zijn systeemwetenschappen, maar op een andere manier. Economie onderzoekt hoe dingen met elkaar samenhangen, terwijl recht naar coherentie en consistentie zoekt (Soeteman 2010). Beide zijn, in mijn visie, vooral beleidswetenschappen. Bij orderingsvraagstukken is goede samenwerking tussen vertegenwoordigers uit beide hoeken essentieel. Dat gaat niet vanzelf en verloopt niet altijd vlekkeloos. Een econoom snapt vaak niet hoe een jurist tot zijn normatieve conclusies komt en verbaast zich over het 'springen' van beschrijving naar normatieve conclusies. Anderzijds snapt een jurist veelal niet hoe een econoom tot zijn voorspellingen komt, en welke waarde daaraan moet worden toegekend, zeker gezien het feit dat de aannames die aan de analyse ten grondslag liggen wereldvreemd lijken te zijn.

Met dit artikel hoop ik juristen ervan te overtuigen dat de economische wetenschap hun iets te bieden heeft. Meer secundair betoog ik dat economen hun voordeel kunnen doen met betere kennis van het recht. Dat wil niet zeggen dat juristen meer belangstelling voor de economie (als object) moeten tonen, maar wel dat zij profijt kunnen hebben van kennis, of toepassing van de economische methode. Dit geldt vooral voor juristen die zich op het recht als maatschappelijk ordeningsmechanisme richten; een niet onbelangrijke groep, gegeven dat ongeveer 30% van de afgestudeerden in de overheidssector emplooi vindt (Bouwes 2011). Omdat de economische wetenschap veel misverstanden oproept, is een belangrijk doel van dit artikel de moderne economie te beschrijven. Zonder goed begrip van de economische methode kan immers niet verwacht worden dat deze (goed) gebruikt zal worden.

Het vervolg van dit artikel is als volgt opgebouwd. Eerst betoog ik dat de economie niet zozeer een domeinwetenschap is, maar meer een onderzoeksmethode (paragraaf 2). Ik bespreek die methode en laat zien dat de aanname van ‘zelfzuchtig materialisme’ er geen onlosmakelijk deel van uitmaakt. Ik leg ook uit dat de positieve (verklarende) tak verder ontwikkeld is dan de normatieve, en dat deze laatste niet utilitaristisch is omdat nut meestal niet tussen personen vergeleken kan worden. Vervolgens ga ik in op rechtswetenschap, vooral om duidelijk te maken dat ik mij beperk tot het recht als instrument voor maatschappelijke ordening (paragraaf 3). Daarna komt de interesse van economen in het recht en de kritiek van juristen op de economische methode aan de orde (paragraaf 4). Ik nuanceer die kritiek en betoog dat zij vooral door miscommunicatie en misverstanden gevoed wordt. Kort geformuleerd zijn economische resultaten altijd voorlopig, en geconditioneerd op een model, terwijl juristen meer definitieve antwoorden wensen. In de twee daaropvolgende paragrafen illustreer ik de interactie tussen juristen en economen op twee deelgebieden. In paragraaf 5 laat ik zien hoe economische inzichten zowel de interpretatie van het doel van de mededingingswet als de beleidspraktijk beïnvloeden hebben. Daarna illustreer ik hoe de economische theorie verbeterd wordt door meer realistische aannames over menselijk gedrag te incorporeren, waardoor deze relevanter wordt voor de rechtswetenschap (paragraaf 6). In de Conclusie (paragraaf 7) vat ik de hoofdpunten uit mijn betoog samen.

2. Economische wetenschap

In deze paragraaf leg ik uit dat de economie een brede sociale wetenschap is, niet beperkt tot het marktdomein. Naast gesystematiseerde kennis over de economie is het een onderzoeksmethode. Veel misverstanden, ook over de kernbegrippen rationaliteit en efficiëntie, ontstaan omdat velen zich dit niet realiseren of doordat ‘ouderwetse’ concepten, ontwikkeld voor een marktcontext, ook buiten die context gebruikt worden. Ik bespreek de economische methode, de rol van aannames en modellen, en leg uit dat de positieve, verklarende tak van de economie veel verder ontwikkeld is dan de normatieve, en dat daar goede redenen voor zijn.

2.1. Economie: domein of methode?

Bij economie denken de meeste mensen meteen, maar ook alleen, aan de macro-economie. Dit is begrijpelijk, want dit deel van de economie trekt de meeste aandacht en raakt ieder van ons in meer of mindere mate. Dit is echter slechts één deel van de economie, ik schat ongeveer een kwart tot een derde. Het is bovendien een enigszins atypisch deel omdat het niet gebaseerd is op methodologisch individualisme, het principe dat alle beschrijvingen en verklaringen uitgaan van individuen en niet van andere sociale categorieën (Arrow 1994). In de (toegepaste) micro-economie, het overige deel van het domein, is dat wel het geval.

‘Economie’ verwijst zowel naar het economisch domein van de samenleving als naar de economische wetenschap, wat tot begripsverwarring leidt. De economische wetenschap is niet de discipline waarin de economie bestudeerd wordt. Ergens tussen 1776 (Adam Smith) en 1957 (Gary Becker) kon deze identificatie vermoedelijk wel gemaakt worden, maar daarvoor was economie geen aparte wetenschap, terwijl zij gedurende de laatste halve eeuw een veel groter domein is gaan bestrijken. Deze verandering is veelal onopgemerkt gebleven, ook omdat vrijwel alleen ‘macro-beleidseconomen’ de media bereiken. Buitenstaanders identificeren economie met markten, concurrentie en geld; zij zien economen als advocaten van concurrentie, die alles op geld waarderen en die dus juist de meest waardevolle zaken niet weten te waarderen. Niet alle economen zijn zo; micro-economen zijn meer experts met betrekking tot marktfalen dan advocaten van marktwerking.

Backhouse en Medema (2009a, 2009b) beschrijven hoe de economie veranderde van ‘de studie naar de productie, verdeling en consumptie van (materiële) rijkdom’ naar ‘the science which studies human behavior as a relationship between ends and scarce means which have alternative uses’ (Robbins 1932, p. 16). In plaats van de economie is sinds het eind van de 19^e eeuw het economisch handelen het onderwerp van studie. Omdat tijd altijd schaars is en op veel manieren gebruikt kan worden, impliceert deze definitie dat economie over vrijwel elk (doelgericht) menselijk handelen gaat (Becker 1992). In de praktijk begint economie niet als er schaarste is, maar pas als die schaarste onder mensen verdeeld moet worden (Buchanan 2001). In bovenstaande definitie kan daarom *human behavior* beter door *human interaction* vervangen worden. Niet keuze, maar ruil is dan het uitgangspunt. Deze versmalling brengt de economie dicht bij het recht, dat ook pas relevant wordt als er een samenleving is en conflict mogelijk.

Sinds Becker (1957) is ook niet-marktgedrag een expliciet en belangrijk onderwerp van studie. De economische discipline is dynamisch, steeds worden nieuwe velden toegevoegd, onlangs bijvoorbeeld nog de neuro-economie. Er is sprake van ‘economisch imperialisme’ (Lazear 2000). Grenzen tussen wetenschappelijke disciplines verschuiven, zij concurreren en diegene die betere antwoorden geeft, groeit (Coase 1978; Stigler 1984; Demsetz 1997). Economen zijn zelfverzekerd en geloven dat hun methode goede kansen heeft om uiteindelijk een groot gedeelte van de sociale wetenschappen te bestrijken. Zij geloven in de test van de markt: ‘we must be doing something right’ (Aumann 1984) en ‘By almost any market test, economics is the

premier social science' (Lazear 2000). Wat is die economische methode? Wat is 'The Economic Way of Looking at Life' (Becker 1992)?

2.2. De economische methode

Over die methode werd in het verleden door economen veel gediscussieerd. Dat die discussie nu vrijwel volledig verstomd is, kan als teken van volwassenheid worden bestempeld; zie ook het citaat van Staal in Barendrecht e.a. (2004). Aan anderhalve bladzijde heeft Solow (2010) genoeg om de kern ('keep it simple, get it right, and make it plausible') te omschrijven. In brede lijnen is de methode uitgekristalliseerd. Natuurlijk wordt aan het verbeteren van de theorie en het aanscherpen van de instrumenten nog steeds hard gewerkt.

Robbins (1932) definieerde niet alleen de 'economie', maar maakte ook belangrijke opmerkingen over haar methode. Onder invloed van het logisch positivisme en gemotiveerd door de afnemende consensus onder economen, wenste Robbins feiten van speculatie en waardeoordelen te scheiden. Hij bepleitte volledige scheiding van *is* en *ought*; de wetenschap zou zich alleen met de verklaring van de feiten bezig moeten houden. Robbins realiseerde zich wel dat psychologie belangrijk was en dat dus niet geëist kon worden dat de theorie alleen op waarneembare (meetbare) grootheden gebaseerd kon worden. Bovendien zag hij dat een zuiver wetenschappelijke economie vaak geen beleidsuitspraken zou kunnen doen, en wilde hij niet uitsluiten dat economen, als burgers, verder wilden gaan dan de wetenschap toeliet. Daarom pleitte hij voor transparantie: beleidseconomen (zij die de wetenschap met speculaties en/of waardeoordelen combineren) zouden in hun adviezen duidelijk aan moeten geven waar de wetenschap ophoudt en de persoonlijke opinie begint.

In de loop van de 20^e eeuw werden (academisch) economen het (impliciet) eens over de volgende uitgangspunten:

1. Het domein waarop economische analyse van toepassing is, kan niet *a priori* worden afgebakend. Omdat het economisch systeem met andere systemen samenhangt, vereist een goed begrip van dat systeem ook begrip van die andere, die dus ook tot het onderzoeksterrein behoren. Minstens zo belangrijk, de economische methode kan ook op die andere terreinen inzicht opleveren.
2. Er kan niet *a priori* bepaald worden of economische analyse succes zal hebben; de resultaten moeten uitwijzen of de analyse inzicht oplevert of tot een oplossing leidt. De instelling is pragmatisch; economen waarderen wat nuttig is, dat wil zeggen al datgene wat bijdraagt aan een beter inzicht.
3. Er moet duidelijk onderscheid gemaakt worden tussen positieve analyse, die als doel heeft de dingen te begrijpen, verklaren of voorspellen, prescriptieve analyse, die adviseert over hoe gegeven doelstellingen bereikt kunnen worden, en normatieve analyse die adviseert wat gedaan zou moeten worden.
4. Theorievorming is van het grootste belang. De economische theorie, die bestaat uit een verzameling samenhangende modellen, geeft het kader waarin verschijnselen in samenhang gezien kunnen worden. In de theorie worden resultaten uit aannames afgeleid. Zij wordt beoordeeld aan hoeveel inzicht zij levert; of een aanname waarheidsgetrouw is, is van minder belang.

5. Om theoretische en empirische precisie en strengheid ('rigor') te bereiken wordt gewerkt met modellen. Een model focust op een bepaald aspect of probleem en wordt geanalyseerd met behulp van wiskundige en statistische technieken. Peter Diamond omschrijft het nut van de wiskunde goed in zijn bespreking van Posner (1973): *'Mathematics is both a method of exposition that makes some assumptions (or their significance) more apparent and a method of thought that makes some types of errors more difficult'* (Diamond 1974).
6. De verbinding tussen theorie en empirie is belangrijk. De theoretische resultaten (de relaties tussen variabelen) zijn gekoppeld aan empirisch toetsbare en/of getoetste verbanden of voorspellingen. Verklaring is iets anders dan voorspelling. Het trachten te voorspellen is een prima methode om te toetsen of ons begrip adequaat is, maar juist kunnen voorspellen wil niet noodzakelijk zeggen dat we de dingen ook echt begrijpen.

Al met al sluit de methode van werken nauw aan bij die uit de natuurwetenschappen. Het natuurwetenschappelijk model is echter niet meer dan een aspiratieniveau. Aumann (1984) verwoordt dat mooi: *'If our theory appears not to work, we don't lose any sleep.'* De kern is echter dat sommige mensen wel wakker liggen en nadenken over wat de discrepantie tussen theorie en waarnemingen zou kunnen verklaren. Het is die wrijving die vooruitgang tot gevolg heeft. De economische wetenschap is cumulatief.

2.3. Economische theorie en aannames

Omdat, binnen de economie, theorie een zo grote rol speelt, is het zinvol daar nog wat uitvoeriger bij stil te staan; zie ook Varian (1989). Drie aspecten zijn belangrijk:

1. De aanname van individueel rationeel gedrag. Verondersteld wordt dat elk individu doelgericht is en handelt om zijn doelen zo goed mogelijk te bereiken. De individuele preferenties worden als gegeven beschouwd en niet beoordeeld; economen analyseren slechts de effecten ervan. Doelgerichtheid wordt geïdentificeerd met consistentie van gedrag: een beslissingsnemer heeft consistente voorkeuren en kan bovendien een goede inschatting van de toekomst maken. Dit impliceert dat de preferenties door een nutsfunctie weergegeven kunnen worden. In de paragrafen 2.4-2.5 ga ik hier verder op in.
2. Verondersteld wordt dat de interactie tussen de verschillende individuen tot een evenwicht leidt. In positieve analyse wordt onderzocht hoe dit evenwicht afhangt van de parameters van de conflictsituatie (comparatieve statica).
3. Uiteindelijke uitkomsten worden beoordeeld aan de hand van een individueel welzijns criterium, waarvoor veelal het containerbegrip 'efficiëntie' gebruikt wordt. Dit is het terrein van de welvaartseconomie; zie paragraaf 2.6.

De wiskundige precisie maakt het mogelijk de modellen en aannames te bekritisseren. Vanuit de rechtswetenschap is er vooral kritiek geweest op het eerste en het derde punt. Echter, omdat juristen niet zo bedreven zijn in de wiskunde, is die kritiek meestal algemeen gebleven. Economen zijn daarvan niet echt onder de indruk.

Zij vinden de kritiek te algemeen en (deels) onterecht: aannames zijn altijd nodig en altijd voorlopig. Het belang van die aannames blijkt pas in de analyse, maar over die analyse blijven juristen meestal stil.

2.4. Rationaliteit of Homo Economicus?

De economie is gebaseerd op de aanname van individuele rationaliteit, maar zij veronderstelt niet dat mensen louter zelfzuchtig en materialistisch zijn. 'Unlike Marxian analysis, the economic approach (...) does not assume that individuals are motivated solely by selfishness or gain' (Becker 1992). Mensen geven om meer dan geld alleen en economische analyse dwingt niet te veronderstellen dat mensen eendimensionaal zijn. Doelgericht zijn is niet hetzelfde als egoïstisch en alleen geïnteresseerd in het eigen gewin. Toegegeven moet worden dat in het marktdomein economen meestal wel veronderstellen dat mensen streven naar optimale materiële welvaart. Op de markt prefereert ieder een daalder boven een gulden. Juist is ook dat veel economen ook buiten het marktdomein uitgaan van egoïstisch materialisme en dat zij niet altijd transparant zijn over deze extra aanname, zodat hun dus iets te verwijten valt. Robbins (1932) wees er al op dat zelfzuchtig materialisme geen onlosmakelijk onderdeel van de economie is. Omdat voorspellingen gebaseerd op zelfzuchtig materialisme in een niet-marktcontext vaak verkeerd uitpakken, is de aanname van *Homo Economicus* in een dergelijke context niet te rechtvaardigen.

Geld is soms een belangrijke drijfveer, maar er is meer dan geld alleen. Mensen zijn verschillend en sommigen zijn meer materialistisch ingesteld dan anderen. Het in Güth e.a. (1982) geïntroduceerde ultimatumspel is van grote invloed geweest voor de verbreding en verbetering van de economische analyse. In dit spel zijn er twee spelers, A en B. Een derde stelt € 100 ter beschikking en A mag besluiten hoeveel daarvan, b , aan B te geven. Indien B het bedrag accepteert, krijgt B het bedrag b , terwijl A de rest, $100-b$, mag houden; als B het geboden bedrag weigert, krijgen geen van beide spelers iets. Als beide spelers egoïstisch en louter materialistisch zijn, en als A dit weet, dan zal A € 0,01 aan B geven en zelf € 99,99 opstrijken. In de praktijk zien we dat B lage bedragen afwijst en dat A daarop anticipeert door iets 'in de buurt van' € 50 te bieden. Mogelijke redenen dat B lage bedragen afwijst, zijn dat zij *fairness* belangrijk vindt of dat zij lage bedragen als aantasting van haar menselijke waardigheid ziet. Respect en zelfrespect zijn belangrijk en men is best bereid wat te betalen om dat in stand te houden. Waar waardigheid in het geding is, moet waardigheid in de nutsfunctie worden opgenomen, en niet uitsluitend zo iets relatief triviaals als geld. Dat kan ook, maar het gebeurt lang niet altijd.

Als mensen zich om meer dan alleen het materiële aspect bekommeren, dan kan een wetenschap die wil bijdragen aan verbetering van het menselijk welzijn de niet-materiële aspecten niet buiten beschouwing laten. Een econoom moet dus niet alleen kunnen zeggen hoe beleid de welvaart verhoogt, hij mag ook de vraag hoe het beleid het (individuele) welzijn beïnvloedt niet uit het oog verliezen. Natuurlijk is het antwoord niet zo eenvoudig te geven. Waar materiële welvaart nog aan inkomen en vermogen kan worden afgelezen, is welzijn toch vooral subjectief. We komen hier op

het raakvlak van de economie en de psychologie, waar in de laatste decennia weer veel aandacht voor is. Ik kom daar in paragraaf 6 op terug, maar bespreek nu eerst het conventionele (speltheoretische) model. Om conceptueel helderheid te verschaffen, is het nodig wat formeler te zijn.

2.5. 'Het' economisch model

Veronderstel een samenleving I met n individuen, $I = \{1, 2, \dots, n\}$, waarin regels, R , gelden die o.a. bepalen wat de leden mogen doen en wat de gevolgen zijn als iemand van zijn verplichtingen afwijkt. Elk individu kan bepaalde acties ondernemen; A_i zijn de mogelijke acties van i . Interactie tussen de individuen leidt uiteindelijk tot een bepaalde uitkomst $x \in X$. Elk individu i heeft preferenties over deze mogelijke uitkomsten, die gerepresenteerd worden door een nutsfunctie $u_i(\cdot)$. Er wordt dus aangesloten bij het consequentialisme: alleen uitkomsten tellen. Omdat opengelaten is wat precies als uitkomst telt (ook de procedure die gevolgd is kan onderdeel zijn van de uitkomst), is deze aanname echter minder beperkend dan zij lijkt. We schrijven $u_i(x)$ voor het nut dat i aan uitkomst $x \in X$ toekent, waarbij hogere waarden beter zijn. Doelgerichtheid (rationaliteit) wil nu zeggen dat een individu streeft naar de uitkomst die hem het hoogste nut oplevert.

In hun baanbrekende werk hebben Von Neumann en Morgenstern (1944) laten zien dat de individuele nutsfuncties meetbaar zijn. Elke nutsfunctie u_i is te bepalen, afgezien van een lineaire schaalverandering. Individueel nut is dus zoiets als temperatuur; we kunnen het meten in graden Celsius of Fahrenheit. Meetbaarheid impliceert echter niet dat nut interpersoneel vergelijkbaar is: elke speler heeft zijn eigen schaal. Als personen P en Q de objecten A en B ruilen, kunnen we stellen dat beiden erop vooruitgaan, maar we weten niet wie er het meest op vooruitgaat. Mijn plezier (nut) is niet met dat van de lezer te vergelijken; de uitspraak 'ik heb meer pijn dan u' is (nog) niet wetenschappelijk toetsbaar. Omdat we geen methode kennen om nut interpersoneel te vergelijken, neemt de economie aan dat dergelijke nutsvergelijkingen, in het algemeen, onmogelijk zijn.

In sommige gevallen kunnen nutsvergelijkingen wel gemaakt worden. Als alles in geld uitgedrukt kan worden, kan vergeleken worden. Als ik op een veiling meer voor een schilderij bied dan u, dan ken ik er klaarblijkelijk meer waarde aan toe, aannemende dat uw budgetbeperkingen niet bindend zijn. Als alle dingen op geld gewaardeerd kunnen worden en als geld voor iedereen dezelfde waarde heeft, dan zijn nutsvergelijkingen mogelijk. Beide aannames zijn echter zeer stringent. Zo menen veel mensen (en is er bewijs) dat geld meer waard is voor mensen die er minder van hebben. Een conclusie is dat binnen de marktcontext nutsvergelijkingen in zekere mate mogelijk zijn, maar daarbuiten vermoedelijk niet.

In positieve analyse probeert een econoom te voorspellen wat de uitkomst $x(R)$ van de interactie tussen de individuen zal zijn. Wat i doet, hangt af van de spelregels, R , en van wat zij verwacht dat de anderen zullen doen. Bij de veronderstelde rationaliteit zijn acties en verwachtingen in (Nash) evenwicht. Uiteindelijk bepalen de regels R wat iedereen doet en wat de uitkomst $x(R)$ is. In normatieve analyse is de vraag: hoe

beoordelen we de uitkomst $x(R)$? Alvorens op deze vraag in te gaan, stip ik kort een aantal beperkingen van het model aan.

Ten eerste is het model statisch; er is geen dynamiek. Zo lang alles (probabilistisch) voorspelbaar is, kan dynamiek echter worden meegenomen. Ten tweede ben ik, voor wat betreft de normatieve analyse, voorbijgegaan aan de belangrijke vraag wie eigenlijk tot de samenleving I gerekend wordt. Wie telt mee? Als we het over Nederlands beleid hebben, kijken we dan alleen naar de inwoners van Nederland, of wereldwijd? Hoe gaan we om met toekomstige generaties? Kunnen we erop rekenen dat ouders de belangen van hun (eventueel nog niet geboren) kinderen voldoende zwaar zullen laten meewegen? Of moeten we toekomstige generaties als afzonderlijke individuen in het model meenemen? Hoe weten we wat hun voorkeuren zullen zijn? Hoe weten we eigenlijk wat de voorkeuren van de nu levenden zijn? Is ons meet-instrument adequaat? Moeten we alle bestaande nutsfuncties wel meenemen? Hoe gaan we om met een Bin Laden die liefst de gehele Westerse wereld wil uitroeien? Deze vragen zijn natuurlijk eeuwenoud. Ik noem ze hier om aan te geven dat de economie voor de meeste hiervan geen oplossing heeft.

2.6. Welvaartseconomie en efficiëntie

Deze deelparagraaf behandelt het normatieve luik van de economie. Op dit terrein, wat direct raakt aan het normatieve van de rechtswetenschap, zijn er veel misverstanden, die o.a. veroorzaakt worden door een onzorgvuldig en niet eenduidig gebruik van het begrip efficiëntie. Het is dus belangrijk om precies te zijn, vandaar dat ik aansluit bij het in paragraaf 2.5 beschreven formele model.

De vraag die centraal staat, is hoe de resulterende uitkomst $x(R)$ maatschappelijk gewaardeerd kan worden. Bestaat er, analoog aan de individuele nutsfuncties, ook zo iets als een maatschappelijke welzijnsfunctie: een numerieke waardering van de uitkomsten waarbij een hoger getal correspondeert met hoger maatschappelijk welzijn? Barendrecht (2002, p. 606) meent van wel. Hij stelt 'maatschappelijk welzijn: dat is de som van het welzijn van individuele mensen'. Een kwestie van optellen dus, $MW(x) = \sum_{i=1}^n u_i(x)$. Zo eenvoudig is het echter niet. Optellen, utilitarisme, veronderstelt dat het nut van verschillende individuen vergeleken kan worden, maar, zoals in paragraaf 2.5 werd besproken, weten we, buiten de marktcontext, niet hoe dat te doen. Het is dus van belang onderscheid te maken naar de context.

Beschouw dus eerst een marktcontext en veronderstel dat het niet onredelijk is aan te nemen dat (1) alles op geld gewaardeerd kan worden, en (2) geld voor iedereen dezelfde waarde heeft. Economen spreken in dit geval van quasilineaire nutsfuncties. (Formeel: naast X als in paragraaf 2.5 is er een (niet te kleine) hoeveelheid geld m die verdeeld kan worden, en is de nutsfunctie van i gegeven door $U_i(x, m_i) = u_i(x) + m_i$, waarbij m het bedrag is dat i krijgt.) In dit geval kunnen nutsverschillen in geld uitgedrukt worden en is utilitarisme welgedefinieerd. Een uitkomst x is Kaldor-Hicks efficiënt als de utilitaristische som $\sum_{i=1}^n u_i(x)$ maximaal is, waarbij het niet uitmaakt hoe het geld m verdeeld wordt. Dit criterium, dat in kosten-batenanalyses vaak gebruikt wordt, eist slechts dat verliezers potentieel gecompenseerd kunnen worden, maar niet dat die compensatie daadwerkelijk plaatsvindt. Posner's

(1973) *wealth maximization* is vergelijkbaar. Niet alle economen vinden echter dat verdeling onbelangrijk is; individuele rechten moeten immers gerespecteerd worden. Sen (1973) merkt droogjes op: ‘maximizing the sum of individual utilities is supremely unconcerned with the interpersonal distribution of that sum.’

(Utilitaristische) kosten-batenanalyses worden ook in een niet-marktcontext wel gebruikt en zijn dan (begrijpelijk) controversieel. Niet alles is altijd in geld uit te drukken. Zelfs als dat kan, kent niet iedereen aan geld evenveel waarde toe. Ten derde staan we niet onverschillig tegenover hoe de totale koek verdeeld wordt. Ik denk dat veel van de weerstand tegen rechtseconomen verklaard wordt uit het feit dat zij ook in een dergelijke context het utilitarisme verdedigen.

In een context waarin interpersonele nutsvergelijkingen niet mogelijk zijn, is het utilitarisme niet te handhaven. In zijn fundamentele artikel (Arrow 1950) liet Ken Arrow zien dat we, in dat geval, ook niet op een andere manier tot een maatschappelijke welzijnsfunctie kunnen komen, en wel omdat individuele preferenties dan niet op bevredigende wijze geaggregeerd kunnen worden. De enige manier om consistent te aggregeren is door een dictator te laten beslissen, maar dat botst op hoger geordende vrijheidsprincipes. De conclusie is dat we, als we niet kunnen vergelijken, ook niet kunnen aggregeren. Zonder de mogelijkheid van vergelijking is ‘maatschappelijk welzijn’ een leeg begrip.

In dergelijke situaties sluit, voor normatieve beoordeling, een econoom aan bij de preferenties van de individuen in de samenleving; zij leveren immers de enige waarderingscriteria die we gemodelleerd hebben. Individueel i waardeert de uitkomst met nut $u_i = u_i(x(R))$, zodat de enige bouwsteen voor de maatschappelijke waardering de vector $U = U(R) = (u_1, \dots, u_n)$ is. De meeste economen gaan uit van het welzijnsisme (*welfarism*, Sen 1979): de sociale wenselijkheid van een uitkomst is uitsluitend gebaseerd op, en is een stijgende functie van, de waarderingscijfers van de individuen in de samenleving I zoals deze in hun nutsfuncties tot uitdrukking komen. (Sen zelf argumenteert overigens dat het welzijnsisme te beperkend is en dat meer dan nutsinformatie meegenomen zou moeten worden.) Anders geformuleerd: (1) alleen de waarden van de leden van de samenleving tellen, en (2) als alle individuen uitkomst x beter vinden dan y ($u_i(y) > u_i(x)$ voor alle $i \in I$), dan geldt dat ook voor de maatschappij als geheel. Deze tweede voorwaarde staat ook wel bekend als het criterium van Pareto. Dit criterium leidt tot het begrip Pareto-efficiëntie: een uitkomst x is Pareto-efficiënt als er geen andere uitkomst y is die elk lid van de samenleving beter vindt.

Pareto-efficiëntie is het belangrijkste normatieve criterium van de econoom. Het Pareto-criterium is heel bruikbaar als *benchmark* in positieve analyses, omdat bij Pareto-inefficiëntie de vraag is waarom onderhandelingen niet tot een betere uitkomst geleid hebben. Een normatieve constatering leidt dus tot een positieve vraagstelling, bijvoorbeeld: zouden andere maatschappelijke regels R tot een Pareto-betere uitkomst leiden? Anderzijds moet gesteld worden dat, in een normatieve analyse, het Pareto-criterium veelal meerdere uitkomsten toelaat: de eis van Pareto-efficiëntie gaat niet erg ver. In een marktcontext is dat anders. Bij quasilineaire preferenties is Pareto-efficiëntie hetzelfde als Kaldor-Hicks-efficiëntie, generiek is dan x uniek, terwijl de verdeling van het geld volstrekt onbepaald is.

Beschouw, ter illustratie, een geschil tussen eiser E en gedaagde G en veronderstel dat beiden zelfzuchtig zijn en zuiver materialistisch ingesteld. Een uitkomst correspondeert dan (bijvoorbeeld) met hoeveel schadevergoeding de rechter aan eiser E toekent. Elke uitkomst is Pareto-efficiënt: als de een erop vooruitgaat, gaat de ander er immers op achteruit. Met het Pareto-criterium kan de *normatieve* vraag hoeveel schadevergoeding op zijn plaats is dus niet beantwoord worden. Over het *ex post* probleem, bij de rechter, hebben economen dus weinig te zeggen. Anderzijds is er ook een *positieve* puzzel: waarom staan de partijen voor de rechter? Toegang tot het recht is niet kosteloos en de partijen kunnen zich die kosten besparen door te onderhandelen 'in de schaduw van het recht'. Wat verklaart waarom partijen niet succesvol onderhandeld hebben?

Het bovenstaande verklaart waarom economen vaak zwijgen als zij met *normatieve* vraagstukken geconfronteerd worden en waarom zij zich veelal tot *positieve* analyses beperken. Als ze geen nutsvergelijkingen kunnen maken, kunnen ze niet verder gaan dan het toepassen van het Pareto-efficiëntie criterium, wat heel zwak is: elke overeenkomst waarbij partijen 'eruit komen' is Pareto-efficiënt. Economen kunnen wel iets zeggen over welke uitkomst rationele onderhandelingen zouden opleveren, maar zo'n uitkomst is niet noodzakelijk 'fair'. Zo volgt uit de theorie van Nash (1950) dat bij onderhandelingen tussen een arme en een rijke de laatste meer dan de helft zal krijgen, terwijl onze intuïtie over 'fairness' juist is dat de arme meer krijgt. Bovendien geldt dat, zelfs als nutsvergelijkingen gemaakt kunnen worden, economen niet goed weten hoe ze met verdelingsvraagstukken om moeten gaan. Het Kaldor-Hicks-efficiëntiecriterium is een 'truc' om dat vraagstuk uit te besteden, maar veel economen voelen zich daarbij ongemakkelijk omdat het individuele rechten niet respecteert. Het is daarom begrijpelijk dat Atkinson (2009, 2011) economen oproept om *normatieve* analyse meer aandacht te geven.

Deels is de beperking tot *positieve* analyse ook wel te rechtvaardigen. De traditionele welvaartseconomie gaat ervan uit dat het doel is het 'maatschappelijk welzijn' te maximaliseren en zij kent daarbij een belangrijke rol toe aan de overheid, die bijvoorbeeld geacht wordt markten zodanig te ordenen en te reguleren dat Pareto-verbeteringen gerealiseerd worden. Die traditionele theorie gaat er dan bovendien van uit dat, waar de overheid het maatschappelijk welzijn kan verhogen, zij dat ook zal doen. Hierbij worden *normatieve* en *positieve* aspecten verward: de aanname dat de overheid zal doen wat goed voor ons is, is niet alleen naïef, maar leidt ook tot verkeerde voorspellingen, en dus niet gerechtvaardigd. *Positieve* analyse van de overheidssector, volgend op het baanbrekende Stigler en Friedland (1962) heeft laten zien dat de overheid niet op deze manier handelt. Echt verrassend is dat niet: haar handelen wordt institutioneel bepaald, en uitgevoerd door individuen die hun eigen belangen mee laten wegen. Stigler (1971, 1982) stelde daarom dat, alvorens adviezen aan de overheid te geven, de aandacht beter eerst gericht kon worden op hoe die overheid functioneert, om zo een beter begrip te krijgen van welke adviezen een kans maken om geaccepteerd te worden.

2.7. Conclusie

De economische wetenschap gaat over meer dan de economische sector. Economie is de positief-analytische en empirische maatschappijwetenschap waarin, op basis van de aanname van individueel rationeel handelen, verklaringen voor en voorspellingen van maatschappelijke uitkomsten gegeven worden. Rationaliteit betekent doelgericht handelen, maar veronderstelt niet dat mensen materialistisch of zelfzuchtig zijn. In een marktcontext wordt wel vaak verondersteld dat alleen geld telt, en dan voor iedereen evenveel. In deze context zijn economen utilitaristisch, maar niet indifferent met betrekking tot hoe de koek verdeeld wordt. Buiten die context vermijden economen normatieve uitspraken veelal, vooral ook omdat ze niet weten hoe welzijn van verschillende personen vergeleken kan worden. Als dat niet kan, kan maatschappelijk welzijn niet zinvol gedefinieerd worden. In dit geval respecteren economen de voorkeuren van de leden van de samenleving (welzijnsisme) en beoordelen zij uitkomsten aan de hand van het Pareto-criterium, dat veel oplossingen toestaat. Positieve (wetenschappelijke) analyse leidt meestal niet tot directe beleidsconclusies. Bij het geven van beleidsadviezen worden economen geacht duidelijk aan te geven waar hun wetenschap ophoudt en hun opinie (speculatie of normatief oordeel) begint.

3. Rechtswetenschap

Er zijn twee redenen waarom deze paragraaf is opgenomen. De jurist ziet wat mijn beperkingen, uitgangspunten en bronnen zijn, en wat ik niet weet of verkeerd begrepen heb. De econoom leert misschien waar het in de rechtswetenschap zoal over gaat en waarom het recht en de rechtswetenschap voor hem relevant zouden kunnen zijn. Goede communicatie is slechts mogelijk als we elkaar verstaan; deze paragraaf probeert daaraan een bijdrage te leveren. Na afronding van het concept van dit artikel heb ik kennis genomen van Vranken (2006a), wat zeer verhelderend is en wat mij tot verdiept inzicht gebracht heeft (Van Damme 2013).

Mijn interactie met juristen heeft tot plezier en inzicht geleid, maar heeft niet alle verwondering weggenomen. Juristen bespreken interessante problemen, maar de manier waarop ze tot antwoorden komen is (mij) onduidelijk. Hoe juristen overeenstemming bereiken dat een bepaald antwoord toegelaten, goed, of mooi, of innovatief is, is (voor mij) niet altijd te bevatten. Directe collega's (economen) delen mijn verwondering. Ik vermoed dat ook andere sociale wetenschappers niet goed weten wat juristen doen en dat, als ze van juridisch werk kennis nemen, zich afvragen 'Wat is dit?'.

Gegeven dat de rechtswetenschap zo anders is dan de sociale, is verwondering natuurlijk niet verrassend. Zoals hiervoor besproken is economie vooral een positief-analytische wetenschap, terwijl veel juristen stellen dat de rechtswetenschap vooral normatief is. Onbekendheid met de normatieve methode leidt tot verwondering. Maar er is ook inhoudelijke spanning. Hoe komen, gegeven de in paragraaf 2 genoemde onmogelijkheidsresultaten, de juristen tot hun conclusies? Wat zijn hun

aannames? Als belangenafweging theoretisch niet mogelijk is, hoe doen rechters dat dan in de praktijk? Juristen spreken in dit kader vaak over ‘springen’ (van feiten) naar normatieve conclusies, maar een sociale wetenschapper vraagt zich dan af of zonder verdere positieve analyse die sprong wel gemaakt kan worden, en of dat springen überhaupt wel kan. Het academisch debat dat in Nederland over de juridische methode gevoerd werd, en waarbij gesproken werd van ‘identiteitscrisis’ (Smits 2009), en waarbij titels zoals ‘Waartoe is het recht op aarde?’ (Nieuwenhuis 2005 en 2006a) gebruikt werden, maakt duidelijk dat op dit punt ook voor juristen zelf niet alles helder is. Als juristen het zelf niet weten of zelf onzorgvuldig zijn, dan is het niet verwonderlijk dat buitenstaanders het spoor bijster raken.

3.1. Definitie en functie van het recht

Stolker (2003) schrijft dat juristen de definitie van het recht meestal ontlopen door liever de functies ervan te beschrijven. Dat is te begrijpen. Een definitie als ‘a law is an obligation backed by state sanctions’; Cooter, 1998) is nuttig, maar draagt het gevaar in zich dat men zich onvoldoende realiseert dat recht meer is dan een verzameling regels. Stolker verwijst vervolgens naar Glastra van Loon (1988) die als belangrijkste functies van het recht noemt:

1. de ordening van de maatschappij;
2. de beslechting van geschillen; en
3. de handhaving van orde en regels;

waarbij het recht deze functies zodanig moet vervullen, dat voldaan is aan eisen van rechtvaardigheid, doelmatigheid en rechtszekerheid. Hol (2003) stelt dat van deze drie rechtvaardigheid het hoogste doel is, dat rechtszekerheid (samenhang en helderheid over wat precies van mensen verwacht wordt) als tweede komt en dat doelmatigheid het laagst in de hiërarchie staat. Hol lijkt hier aan te sluiten bij Radbruch (2006), waarin onder andere de zin ‘By no means is law anything and everything that “benefits the people”’ intrigeert, omdat deze spanning met het welzijnsisme suggereert.

Glastra van Loon noch Hol definieert wat met doelmatigheid bedoeld wordt, zodat de vraag blijft of niet met doeltreffendheid volstaan zou kunnen worden. Radbruch spreekt over *Zweckmäßigkeit* wat de vertaler *purposiveness* noemt. Doelmatigheid (efficiëntie) gaat verder dan doeltreffendheid: het beoogde doel moet niet alleen gerealiseerd worden, maar de bijbehorende kosten moeten in redelijke verhouding staan tot de opbrengsten. Dit roept meteen de vraag op wat de jurist als kosten en opbrengsten ziet en meet, waarmee we aan de economie raken. Ik ben daarover in de literatuur niet veel tegengekomen. Het lijkt soms dat juristen met de eerste twee doelen al zoveel te stellen hebben dat ze aan het derde niet toe komen.

Zuiverheid van terminologie is belangrijk om misverstanden te voorkomen. Als Hol onder het kopje ‘De rechtseconomische invalshoek’ stelt ‘Dit betekent dat vanuit economisch gezichtspunt het doel van het recht is om de samenleving efficiënt in te richten: doelmatigheid en efficiëntie vallen hier samen’, zijn minstens drie dingen misgegaan: (1) doelmatigheid en efficiëntie betekenen altijd hetzelfde; (2) efficiëntie

is geen doel op zich, maar is aan een doel gerelateerd, en (3) efficiëntie is niet hetzelfde als Pareto-efficiëntie. Een econoom beoogt de samenleving zo in te richten dat de belangen van de daarin levende mensen zo goed mogelijk gediend worden; dit dwingt zeker niet om de twee belangrijkste doelen van het recht buiten beschouwing te laten. Als de leden van de samenleving deze doelen nastreven, komt dit in hun nutsfuncties en dus in het Pareto-criterium tot uiting. De econoom wenst geen efficiënte inrichting van de samenleving, hij wil een inrichting die zo goed mogelijk aan de wensen van de leden van de samenleving tegemoetkomt.

Voor mij benadrukt de bovenstaande omschrijving dat recht een instrument is. Ik realiseer me dat, als instrument, het recht niet te snel mag veranderen, omdat dit tot spanning met rechtvaardigheid, rechtszekerheid en mogelijk ook met doelmatigheid kan leiden. Ik ben me er ook van bewust dat (veel) juristen vinden dat recht niet louter instrumenteel is, en ik kan me bij 'recht als gestolde normen en waarden' ook wel iets voorstellen, maar ik kan niet beoordelen hoe belangrijk deze andere aspecten zijn en tot welke andere inzichten ze leiden. In het navolgende laat ik die aspecten dus buiten beschouwing en ga ik dus uit van een instrumentele visie op het recht. Engel (2013) schrijft: 'One need not interpret legal rules as governance tools. But many lawyers do', waaruit ik afleid dat de beperking tot dit perspectief niet ongerechtvaardigd is. Ik denk dat de meeste andere sociale wetenschappers het recht op vergelijkbare wijze benaderen.

In ieder geval kijken economen er zo tegenaan. Zij hebben meer aandacht voor de ordenende functie van het recht dan voor geschilbeslechting. Dit sluit goed aan bij het model dat in paragraaf 2.5 geschetst werd: het recht als de regels van het spel waarbinnen de rechtspersonen opereren. De twee belangrijkste vragen die het recht voor een econoom oproept zijn: (1) (positief) 'Hoe beïnvloeden de regels R de uitkomst $x(R)$?' (2) (prescriptief) 'Hoe moeten de regels R gekozen worden om gegeven maatschappelijke doelen d , te bereiken?' Voor een derde vraag, 'Wat zouden de doelen d moeten zijn?' hebben economen veel minder aandacht. Voor hen is het antwoord duidelijk en ligt het buiten hun domein; het is wat de mensen willen.

Tot ongeveer 1960 toonden economen overigens niet zoveel belangstelling voor het recht. Het recht werd als gegeven beschouwd, en goed-functionerend, zodat het buiten de analyse kon blijven. Vanaf de jaren zestig gingen zij maatschappelijke instituties steeds meer zien als (analyseerbare en verbeterbare) instrumenten om de maatschappij te ordenen en te reguleren. Tekenend is dat het boek van Vermaat e.a. (1987), over Nederlandse economen uit de periode 1800-1950, de titel 'Van liberalisten tot instrumentalisten' draagt.

Ik vermoed dat in de 20e eeuw ook politici het recht steeds meer als beleidsinstrument gingen zien: het recht in dienst van de maakbare samenleving. (Verbeterbaar lijkt overigens een betere term.) In Nederland duikt dat begrip pas in de jaren zeventig op, maar Nasar (2011) laat zien dat Engelse economen daarover al veel eerder spraken. Met die verschuiving werden er hogere eisen aan het recht gesteld en verloor de rechtswetenschap haar onafhankelijkheid van de sociale wetenschappen. Kennis van rechtsdoctrine en moraalfilosofie volstaat niet om de maatschappij effectief, laat staan efficiënt, te kunnen ordenen. Daarvoor is ook een theorie nodig die voorspelt hoe de maatschappelijke uitkomst $x(R)$ zal veranderen als gevolg van

een verandering in de regels R. Tevens is een methode nodig om te bepalen of de regels effectief zijn. Het zijn juist de sociale wetenschappen, waaronder de economie, die deze theorieën en methoden leveren.

Posner (1987) bespreekt *The Decline of Law as an Autonomous Discipline* in de VS. Hij stelt, kort samengevat, dat, terwijl de maatschappij de eisen aan het recht opschroefde, het recht steeds slechter ging functioneren. Natuurlijk voert het te ver om dit uitsluitend aan de juridische wetenschap toe te schrijven; ook bij de omzetting van ideeën in beleid kan veel mis gaan. Ik vind Posner's argumenten overtuigend en vermoed dat een aantal daarvan ook in Europa geldig zijn. Als recht een instrument is, dan verwachten we dat dat werkt. Vooraf stellen we de vraag of iets zal werken (*ex ante impact assessment*), achteraf komt de vraag of het gewerkt heeft (*ex post evaluation*) en, indien niet, waar dit dan aan toe te schrijven is. Men zou verwachten dat de vraag naar de effectiviteit van het recht ook door juristen in hun beschouwingen werd betrokken. In de VS was dat echter niet het geval. In het openingsartikel van het *Journal of Legal Studies* stelt Stigler (1972) dat Amerikaanse juristen deze (sociaalwetenschappelijke) vraag links hadden laten liggen. Ik vermoed dat het in Europa niet anders was. Het is zeker ook een vraag die niet goed past bij de kernactiviteiten van een traditioneel opgeleide jurist. De empirische vraag naar de werking van het recht leidt op natuurlijke wijze tot *Law and Social Science*. Om de *ex ante* vraag goed te kunnen beantwoorden is een theorie nodig die voorspelt welk effect een wijziging zal hebben. Juist de economie levert zo'n theorie; de vraag naar de verwachte effecten leidt dus op natuurlijke wijze tot *Law and Economics*.

Met het idee van de verbeterbare samenleving is ook het werkterrein van de jurist verschoven. Bouwes (2011, p. 61) stelt: 'De overheid is de grootste werkgever voor afgestudeerden. In 2004 ging bijvoorbeeld 28% van de afgestudeerden bij de overheid werken.' Met de juridisering van de samenleving is de vraag naar overheidsjuristen gegroeid, groei die vervolgens ook weer juridische vraag bij belangengroepen uitlokt. De kernvraag voor overheidsjuristen is niet 'Hoe beslechten we dit geschil?' maar 'Welke regels dienen de samenleving?'. Deze vraag kan niet vanuit een *ex post* perspectief beantwoord worden; het antwoord vereist een theoretisch perspectief en een voorspelling. Het bovenstaande impliceert dat in ieder geval voor overheidsjuristen gedegen kennis van de economische wetenschap nuttig is.

3.2. Rechtswetenschap of rechtsgeleerdheid?

Als Stolker (2003) stelt: 'De meeste juridische onderzoekers zijn onvoldoende toegestroomd om een analyse te maken van de doelmatigheid van een oplossing en die af te wegen tegen de andere perspectieven', dan zegt hij in feite dat de opleiding juristen niet in staat stelt te beoordelen of een rechtsregel aan de aan haar gestelde eisen voldoet. Ik vind dat nogal wat, en vind het opmerkelijk dat in de daarop volgende discussie, voor zover mij bekend, niemand is opgestaan die het op dit punt met hem oneens is. Gegeven de hiervoor gegeven functionele definitie van het recht lijkt mij dit de kerntaak van de juridische wetenschapper, zodat iedere jurist die afweging wel zou moeten kunnen maken.

De reacties op Stolker's artikel kunnen in vier klassen worden ingedeeld:

1. een pleidooi voor meer multidisciplinair onderzoek (de meerderheid);
2. een pleidooi voor een geïntegreerde rechtswetenschap, de *jurisprudentia*, waarvan de kern het kritisch-rationalisme is, en waarin het beschrijvend-analytisch perspectief, het empirische en het normatieve alle aan de orde komen (Hol 2003);
3. een pleidooi voor herwaardering (opwaardering) van het traditionele juridische perspectief, met uitbesteding van de normatieve vragen aan de politiek (Van Rhee 2004: 'De vraag naar de wenselijkheid is een politieke vraag');
4. een pleidooi om vooral op het normatieve aspect te focussen (Smits 2009: 'recht is de wetenschap over wat in rechte behoort').

Ik sluit mij bij Hol aan. Ik denk dat de eerste oplossing tot implementatieproblemen leidt en meen dat kerntaken niet uitbesteed kunnen worden. Het zelf doen heeft de voorkeur boven het inschakelen van hulptroepen uit andere disciplines. Als de jurist op productieve wijze met andere sociale wetenschappers wil samenwerken, dan zal hij ook hun taal moeten spreken en zal hij wiskundige en statistische methoden moeten beheersen. Maar als hij dat toch doet, kan hij het werk net zo goed zelf doen.

Hoewel ik het niet helemaal overzie, meen ik ook dat de derde en vierde oplossing beide toch een soort van struisvogelpolitiek zijn; alsof er geen probleem is. Dat probleem, dat de rechtswetenschap niet in staat is de aan haar gestelde vragen bevredigend te beantwoorden, lijkt er wel degelijk te zijn. Van Rhee noemt het positieve aspect in het geheel niet. Ook de door Jan Smits voorgestelde richting miskent het belang van positieve analyse voor de normatieve. Smits neemt bovendien aan dat gebruikers met een menu aan oplossingen tevreden zullen zijn. Verder valt op dat de normatieve vragen die hij formuleert veelal binair zijn; er zijn echter ook normatieve vragen die een kwantitatief antwoord vereisen; als een slachtoffer recht heeft op schadevergoeding, hoeveel dan? Als een marktpartij met een economische machtspositie geen misbruik daarvan mag maken, welke prijs mag zij dan maximaal vragen? Bij hoeveel steun is sprake van verboden staatssteun?

Ik zou graag weten hoe een rechter een belangenafweging maakt: in hoeverre is dat Art en in hoeverre Science? Economen menen dat uitsluitend op basis van wetenschappelijke argumenten geen normatieve conclusies getrokken kunnen worden (paragraaf 2). Kern van een rechterlijke uitspraak lijkt dat juist wel interpersonele nutsvergelijkingen gemaakt worden: is het leed van het slachtoffer in voldoende mate door de dader goedge maakt? Ook als die vraag niet zuiver wetenschappelijk is, blijft staan in welke mate de wetenschap een rol kan spelen. Een conclusie dat het louter een zaak van Art is, zou onbevredigend zijn. Wellicht dat de mate van spreiding in rechterlijke uitspraken enig zicht geeft op de vraag in hoeverre subjectiviteit een rol speelt. Voor zover mij bekend is dergelijk onderzoek in Nederland niet gedaan. Mijn vraag hoe je goed normatief werk aflevert, is tot nu toe onbeantwoord, mijn verwondering blijft dus. Het criterium van Singer (2008) dat een rechterlijke uitspraak voor beide partijen acceptabel moet zijn en dat de verliezer recht op uitleg heeft, lijkt erg open. Zijn mop over de rabbijn uit *Fiddler on the Roof* illustreert volgens mij de onmogelijkheidsstelling uit paragraaf 2.6. Ik zou graag weten of we verder kunnen komen.

3.3. Conclusie

De twee belangrijkste functies van het recht, de ordening van de maatschappij en de beslechting van geschillen, zijn zeer verschillend. Adequate ordening vereist een *ex ante* perspectief. De vraag ‘Zal dit werken?’ kan niet zonder input uit de sociale wetenschappen beantwoord worden en ook bij de *ex post* evaluatie van regels (‘Heeft het gewerkt?’) kunnen methoden uit de sociale wetenschappen een belangrijke rol spelen. Omdat het recht belangrijk is, stelt de maatschappij er terecht hoge eisen aan. Stolker’s stelling dat de juridische discipline momenteel de markttest niet kan doorstaan is niet weerlegd. Ik hoop dat, met hulp van de economie, de *jurisprudentia* zich tot een volwaardige sociale wetenschap zal ontwikkelen.

4. Recht en economie

In deze paragraaf breng ik het materiaal uit de twee voorgaande paragrafen bij elkaar. Ik bespreek de interesse van economen in het recht en de weerstand van juristen tegen de economische methode. Waarom zouden economen en juristen in elkaars werk geïnteresseerd moeten zijn? Kunnen ze elkaar, net als in het (recente) verleden, niet links laten liggen?

4.1. De interesse van economen

De natuurlijke verbinding tussen de rechtswetenschap en de economie loopt via het beleid: beide zijn (dienende) beleidswetenschappen. Stigler (1992) schrijft:

‘When Aaron Director and Edward Levi launched the *Journal of Law and Economics* in 1958 (...) the traditional attitude of each discipline toward the other had been one of indifference. Only gradually has that attitude been replaced by a mixture of cooperation and hostility.’

Het doel van het JL&E was the examination of public policy issues of interest to lawyers and economists. Director en Levi waren er vast van overtuigd dat er genoeg van dergelijke beleidsvragen zijn. Voor de meeste economen was dat niet evident. In de leerboeken vond men geen recht terug; en nu ook eigenlijk nog niet. Er is eigendom en er wordt gehandeld, maar er wordt aangenomen dat het juridisch systeem perfect en kosteloos functioneert, zodat het bij de analyse buiten beschouwing kan blijven. Recht is belangrijk, maar onzichtbaar. Veel economen denken nog steeds zo en zijn daarom niet echt in het recht geïnteresseerd. Naarmate het recht echter meer werd ingezet als instrument om de samenleving te ordenen, werden de imperfecties meer zichtbaar en kregen economen er meer aandacht voor. In eerste instantie bleef die aandacht beperkt tot de regulering van marktactiviteiten: hoe functioneert het economisch recht? Als de overheid reguleert, bereikt zij dan de doelen die zij zich gesteld heeft? Verhoogt die regulering de welvaart? Gebeurt dat tegen aanvaardbare kosten, of op efficiënte wijze?

Tot die tijd gingen economen niet alleen uit van perfecte werking van het recht, maar ook van perfecte werking van de overheid. Verondersteld werd dat de overheid als een ‘welwillende dictator’ handelt en ingrijpt waar markten niet perfect functioneren, en aldus de maatschappelijke welvaart verhoogt. Toen deze public interest theorie (het idee dat de overheid bij marktfalen ook op welvaartsverhogende manier zal ingrijpen) getoetst werd, bleek echter dat deze verworpen moest worden (Stigler en Friedland 1962). In de alternatieve public choice benadering wordt de overheid, overeenkomstig het uitgangspunt van methodologisch individualisme, niet als monolithische speler gezien, maar als verzameling van individuen die elk hun eigen belang nastreven.

Drie ideeën leidden tot meer interesse voor het recht bij (sommige) economen:

1. Omdat instituties het functioneren van het economisch systeem beïnvloeden, moeten zij bestudeerd worden om hun effect op de economie te bepalen.
2. Deze instituties kunnen met economische methoden geanalyseerd worden.
3. Verbetering van economische uitkomsten kan alleen langs institutionele weg verlopen, door de instituties te verbeteren.

Economen zochten toenadering tot juristen om zo kennis te verwerven over die instituties en over hoe ze verbeterd kunnen worden. Al snel bleek dat dit terrein braak lag:

‘The law is a collection of social machinery, and one would have thought that its engineers would study the appropriate functions of the various machines (...). Lawyers have answers to these questions, and wise and informed lawyers may have good answers, but the answers are not based upon analyses of a type accepted as persuasive in the social or natural sciences.’ (Stigler 1972)

(Zie ook Ulen 2002.) Stigler’s uitnodiging om dit terrein te gaan bewerken werd vervolgens met gretigheid aanvaard. Al doende toonde al snel het economisch imperialisme zijn gezicht: waarom de economische analyse tot het economisch recht beperken? Het recht in het algemeen beïnvloedt uitkomsten en welzijn, en ook het algemene recht kan met economische methoden bestudeerd worden. Nadat Gary Becker pioniersarbeid op dit terrein verricht heeft, gingen ook andere economen aan de slag met de vragen ‘Welk effect heeft het recht?’ en ‘Hoe beïnvloedt het recht uitkomsten en welzijn?’ Binnen ‘Law and Economics’ kunnen dus twee takken onderscheiden worden: economische analyse van regulering van het economisch systeem (‘Old Law and Economics’, paragraaf 5), en economische analyse van overige aspecten van het recht (paragraaf 6). Dit onderscheid is voor juristen overigens belangrijker dan voor economen. Maar ook voor economen is het relevant. Hoewel het voor de methodologie niet uitmaakt of we ons al dan niet in een marktcontext bevinden, is dat voor bepaalde concepten zoals efficiëntie wel van belang (paragraaf 2.6).

4.2. De weerstand van juristen tegen de economische methode

Met de tweede tak dringt de econoom de kern van het juridisch domein binnen. Hij ondervindt daarbij aanzienlijke weerstand van juristen, vooral in Europa. Ik denk dat die weerstand tot een aantal (verwante) redenen terug te voeren is:

1. het idee dat economische analyse niet wetenschappelijk neutraal is, maar ideologisch (rechts) geladen, met een bias vóór marktoplossingen;
2. het misverstand dat economische analyse gebruikmaakt van concepten en aannames (zoals egoïsme) die buiten een markcontext misplaatst zijn;
3. een fundamenteel verschil van inzicht over de rol en betekenis van modellen en aannames, in het bijzonder de rationaliteitsaanname;
4. slechte wetenschap; onzorgvuldige of onjuiste analyse van het probleem;
5. onbegrip over wat de economische analyse nu precies inhoudt en welke consequenties daaraan verbonden kunnen worden, dit vooral omdat die analyse modelmatig is, en wiskundig en statistisch geformuleerd;
6. het zuiver theoretisch gehalte van veel analyses, die ver van de praktijk af staan en waarin geen empirische toetsing plaatsvindt, of waarin geen inzicht geboden wordt in de relatieve grootte van de mogelijke effecten;
7. onvrede of misverstanden over het efficiëntie criterium om uitkomsten en regels te beoordelen, of juist het afwezig zijn van normatieve conclusies;
8. het vermogen van sommige rechtseconomen (zoals De Geest 2004) om hun juridische collega's op de kast te jagen.

Boven heb ik de acht redenen gerangschikt naar de stadia van het onderzoek: aannames, analyse, conclusie. Ook een andere indeling is mogelijk: (1) beperkingen die inherent zijn aan de wetenschap (het kan altijd beter); (2) bezwaren tegen de kern van de economische methode (theorie, aannames en normatief criterium), of (3) tegen het gebruik van die methode door rechtseconomen, of (4) ingegeven door misverstanden of onbegrip. Voor verbetering is tijd nodig, terwijl dit artikel poogt het vierde zo veel mogelijk weg te nemen. (Aan het feit dat veel juristen moeite hebben met wiskundige of kwantitatieve methoden kan ik natuurlijk niet veel veranderen.) Ik besteed nu eerst kort aandacht aan het derde aspect en ga dan uitgebreider in op de kern van de bezwaren. Ik weerleg die niet, maar nuanceer ze. Ook nu beperk ik me tot de ordenende taak van het recht; ik sluit niet uit dat op het terrein van geschilbeslechting sommige bezwaren zwaarder tellen.

4.2.1 Rechtseconomie

Het onderscheid tussen economie en rechtseconomie is belangrijk omdat, in Europa, niet iedere rechtseconoom ook econoom is. Een (academisch) econoom is iemand die de economische methode beheerst. In de VS wordt *economic analysis of law* beoefend door mensen met een PhD in de economie, die veelal ook een JD in het recht bezitten. In Europa noemen ook juristen zonder een economische opleiding zich soms rechtseconoom. Daaronder zijn ook mensen die wel kennis van het economisch domein hebben, maar weinig vaardig zijn in de economische methode.

Hun kennis van de discipline lijkt soms niet verder te gaan dan die welke in middelbareschoolboeken te vinden is en zij lijken te denken dat die basiskennis voldoende is. Kennis van de institutionele aspecten van de economie en van basale marktmodellen maakt iemand echter nog niet tot (academisch) econoom.

Het is daarom niet verrassend dat niet alle rechtseconomische bijdragen aan de methodologische eisen voor (goed) economisch onderzoek (paragraaf 2.2) voldoen. In rechtseconomische artikelen zijn concepten niet altijd precies gedefinieerd, is er soms geen scheiding tussen modelanalyse en speculatie, is de analyse niet altijd rigoureus en zijn positieve en normatieve analyse vaak niet gescheiden. Als illustratie verwijs ik naar Faure (2011), ook omdat ik Michael zeer waardeer en hij wel tegen een stootje kan. Hoewel ik het met veel in Faure (2011) eens ben, stel ik toch ook vast dat hij stelt dat 'de rechtseconomie sterk uitgaat van de heilzame werking van de markt', dat hij economie met efficiëntie identificeert, maar efficiëntie niet definieert, dat hij spreekt over de maatschappelijke welvaart (zonder daar veel moeilijke woorden aan te wijden) en dat ook in dat artikel soms het positieve en het normatieve door elkaar lopen. Faure (2011) is natuurlijk maar een kort overzicht, en niet in een toptijdschrift, maar toch.

Natuurlijk is deze kritiek niet alleen op (bepaalde) rechtseconomen van toepassing.

Alles wat de toets der kritiek niet kan doorstaan verdwijnt op zeker moment uit zicht. Wel is het zo dat, in een interdisciplinaire omgeving, gebrek aan deskundigheid tot gebrek aan kritiek kan leiden en zuivering dus (te) lang kan duren. Onhandigheid en onbegrip (dat laatste bij juristen, bijvoorbeeld als gevolg van het technische karakter van de economische analyse) kunnen elkaar kunnen versterken en in stand houden. Waar kwaliteit niet herkend wordt, dreigt een *race to the bottom*. Feit is dat concurrentie (mits goed vormgegeven) het goede belooft en het slechte afstraft, zodat in een meer competitieve markt onbegrip en onhandigheid eerder uitgeweid worden. Het recht wordt internationaler, zodat verwacht mag worden dat ook de markt voor (academisch) juristen competitiever wordt. Ook Posner (2002) wijst terecht op het belang van kwaliteitscontrole bij multidisciplinair onderzoek. Hij stelt: 'My conclusion is that interdisciplinary legal scholarship is problematic unless subjected to the test of relevance, of practical impact.' Ik ben dat met hem eens. Maar het onderzoek moet ook aan de gebruikelijke disciplinaire methodologische eisen voldoen; Posner betwist dat overigens niet.

4.2.2 Economische theorie en simpele modellen

Wetenschap werkt door problemen die nog niet goed begrepen worden, via theorie en modellen, in verband te brengen met situaties waar ons begrip beter ontwikkeld is. We lossen problemen op en leveren verklaringen op basis van bestaande theorie. Er komen steeds weer nieuwe puzzelstukjes, die in het bestaande kader moeten worden ingepast. Zolang dat inpassen lukt, wordt ons vertrouwen in ons kader vergroot. Het inpassen is niet altijd even gemakkelijk en vergt creativiteit, maar het is deze activiteit die vooruitgang brengt. Uitdagingen zijn altijd welkom, en een verzameling (nog) niet in te passen puzzelstukjes is nog geen alternatieve theorie.

Economen gooien hun oude schoenen niet weg voor ze nieuwe hebben. Zelfs nieuwe schoenen gebruiken ze alleen als ze (bijna) net zo comfortabel zitten als de oude. Ook een nieuwe theorie moet voldoen aan eisen van relatieve eenvoud, hanteerbaarheid en spaarzaamheid van vrije parameters. Conservatisme in de wetenschap en 'commitment' aan ideeën die zich al lang bewezen hebben, is goed te verdedigen.

Economen hebben een sterke voorkeur voor simpele modellen omdat die relatief eenvoudig te begrijpen zijn en daarom het meeste inzicht geven. Posner (1979) stelt, in reactie op een criticus die hem voorwerpt complexiteit te vermijden:

'There is a fundamental difference between the legal and economic culture, or more broadly, between the humanistic and the scientific approach. The goal of science, including economic science, is to explain complex and seemingly unrelated phenomena by reference to a theoretical model or construct, and the power of scientific explanation can be expressed as the ratio of the different phenomena explained to the number of assumptions in the theory. (...) Abstraction is thus the essence of scientific theory, and a successful theory is bound to ignore a good deal.'

Hoewel complexiteit bij kan dragen aan verfijning van de beschrijving, vermindert zij ook een goed zicht op wat essentieel is. Theorie is een instrument om tot inzicht, verklaring en voorspelling te komen. Abstrahering en het maken van aannames (werkhypotheses) zijn een fundamenteel onderdeel van dat instrument. Duidelijk is dat economen een grote liefde en tolerantie voor theorie hebben; 'je weet maar nooit waar het nuttig voor is'. Juristen staan dicht bij de praktijk, en hebben daarom misschien wat minder geduld met theorie.

4.2.3 Aannames: Waar of Nuttig?

Het maken van aannames is onlosmakelijk verbonden met theorievorming. Voor economen is het beschrijvend realisme van die aannames van minder groot belang dan het inzicht dat ze uiteindelijk opleveren. Onrealistische of onjuiste aannames diskwalificeren een theorie niet onmiddellijk. Economen zien ook hier een afruil en hebben een houding van let's see where this will lead to. Juristen lijken op dit punt minder pragmatisch of geduldig te zijn. Dat heeft vast en zeker goede redenen. Een daarvan is vermoedelijk dat het bij conflictbeslechting door de rechter vaak juist om waarheidsvinding gaat. Een verdachte mag niet op basis van verkeerde aannames of een verkeerde theorie veroordeeld worden. Het gewicht dat op juistheid van de aannames gelegd wordt, hoeft echter niet in alle delen van de rechtswetenschap hetzelfde te zijn. Bij vraagstukken van maatschappelijke ordening is de vraag 'Werkt het?' belangrijker dan de vraag 'Is de theorie juist?'

Er is ook een tweede reden waarom de eis van realistische aannames, in de economie, niet al te strikt genomen moet worden. Economen zijn minder geïnteresseerd in het gedrag van het individu op zich, dan in de maatschappelijke uitkomsten die resulteren uit de interactie tussen deze individuen. Zij maken daarom relatief sterke aannames betreffende de rationaliteit van de individuen om zo te kunnen focussen op het effect dat regels op de maatschappelijke uitkomsten zullen hebben.

We realiseren ons vermoedelijk allemaal dat we niet altijd even verstandig handelen. Rationeel handelen wil zeggen de beste middelen gebruiken om onze doelen te bereiken. We weten niet altijd wat ons doel is en we gebruiken niet altijd de beste middelen, maar frequent proberen we dat wel en we leren uit ervaring. Bovendien trachten we situaties waarin we niet zo verstandig handelen te vermijden. Als in een bepaalde situatie $x\%$ van de personen rationeel handelt en de andere personen met zekere willekeur, dan is, als de fouten elkaar opheffen, het resulterende geaggregeerde gedrag in overeenstemming met de rationele theorie, zolang een niet-verwaarloosbaar deel van de mensen dat doet ($x > 0$). Een argument van het type 'omdat ik in deze situatie niet rationeel handel, is een theorie gebaseerd op de rationaliteitsaannname niet acceptabel' (Vranken 2006b, p. 30), is dus niet overtuigend. De rationaliteitsveronderstelling houdt niet in dat 'iedereen in het merendeel van de gevallen *au fond* een verstandige, rationele keuze maakt', de aanname is 'slechts' dat niet iedereen systematisch domme dingen doet.

Ten derde moet 'suboptimale inzet van middelen' onderscheiden worden van 'misrepresentatie van de doelstelling' van het individu. In economische analyses schrijven we aan mensen bepaalde doelstellingen toe, maar, de grote vorderingen op het gebied van de neuro-economie ten spijt, we kunnen nog niet al te precies in iemands hoofd kijken. Er is dus geen garantie dat de gemaakte veronderstelling de werkelijkheid in afdoende mate weerspiegelt. Als een voorspelling niet uitkomt, kan dat aan onjuiste analyse liggen, maar ook aan de verkeerde input. Als mensen, mede of overwegend, door niet-materiële doelen gedreven worden, dan moet het model daar ook rekening mee houden. Gelukkig is het rationele keuzemodel zo flexibel dat dit ook eenvoudig kan. Dat wil niet zeggen dat het ook altijd gebeurt.

De flexibiliteit van de rationaliteitsaannname mag niet onderschat worden. We kunnen nieuwe inzichten verwerken en zo onrealistische aannames door meer realistische vervangen. Dit gebeurt bijvoorbeeld in de *behavioral law and economics* (paragraaf 6). In een belangrijk artikel uit dat vakgebied claimen de auteurs dat aannames aan individueel gedrag realistisch moeten zijn: 'In a behavioral approach, assumptions about behavior should accord with empirically validated descriptions of actual behavior' (Jolls e.a. 1998, p. 1489).

Ik denk dat de auteurs het niet zo letterlijk bedoeld hebben en zich van de *trade-offs* wel degelijk bewust zijn: een economisch model kan geen 100% realistische beschrijving van gedrag bevatten. Met Posner (1998) meen ik dat de auteurs op dit punt overdrijven om hun theorie van de traditionele te onderscheiden. Hun theorie is realistischer en krijgt daarom, bij gelijke voorspelkracht, de voorkeur. Ook zij is echter niet 100% realistisch en dat hoeft zij ook niet te zijn. Het inzicht dat de analyse geeft, is belangrijker dan het realiteitsgehalte van de aannames.

4.2.4 Theorie en empirie

Ik denk dat er over het belang van empirie tussen economen en juristen geen fundamenteel verschil van mening bestaat. Economen zien liefst theoretische en empirische analyse aan elkaar gekoppeld. Een dergelijke koppeling is echter niet altijd mogelijk, bijvoorbeeld omdat de data ontbreken.

Toegegeven moet worden dat de meer theoretische economische analyses vaak beperkt zijn tot de mm^2 en geen indruk geven van de relatieve grootte of belangrijkheid van de verschillende effecten. Juristen lijken vaak juist in degelijke *back of the envelope calculations* geïnteresseerd te zijn, maar economen zijn zeer terughoudend met zulke berekeningen. Zij zijn meer geïnteresseerd in exacte resultaten. Optimalisering levert zulke resultaten, maar waar exacte resultaten niet haalbaar zijn, is het economisch instrument vaak bot. Wetenschap heeft zijn prijs, theoretisch economen *prefer being precisely wrong to being approximately correct*. Benaderende berekeningen zijn ook een soort van speculatie. Rechtseconomen doen dat eerder dan economen; rechtseconomie is toegepaste economie. Economen lijken toegepaste economie echter minder te waarderen, vermoedelijk ook omdat toepassing en beleidseconomie op één hoop gegooid worden (en dus beide als mix van wetenschap met speculatie en waardeoordelen gezien worden).

4.2.5 Misverstanden over efficiëntie en normatieve aspecten

Het onderscheid tussen economie en rechtseconomie speelt vooral ook met betrekking tot het normatieve aspect. Ik heb in paragraaf 2.6 al laten zien dat economen in een niet-marktcontext geen krachtig normatief instrument hebben. Toch doen rechtseconomen stellige uitspraken, die bij juristen dan weer heftige reacties oproepen. Zij kunnen die uitspraken doen omdat zij uitgaan van quasilineaire (materialistische) nutsfuncties, wat echter in een niet-marktcontext niet altijd passend is. Juristen lijken zich bovendien onvoldoende te realiseren dat economische uitspraken altijd relatief ten opzichte van een model zijn, en dus niet noodzakelijk algemeen geldig. Sommige uitspraken worden echter wel zo geïnterpreteerd. Laat ik als illustratie van dit tweede punt het volgende citaat uit Kaplow en Shavell (2001a) onder de loep nemen:

‘Legal rules should be selected entirely with respect to their effects on the well-being of individuals in society. This position implies that notions of fairness like corrective justice should receive no independent weight in the assessment of legal rules.’

De eerste zin stelt dat we het welzijnsisme als uitgangspunt moeten nemen. Veel economen onderschrijven dit normatieve uitgangspunt, zonder hier overigens diep over te hebben nagedacht. Sen, die hierover wél heeft nagedacht, heeft ons de beperkingen laten zien. Bovendien brengt dit uitgangspunt ons nog niet veel verder; de vraag is ook hoe we het welzijnsisme operationaliseren; zie hierna.

De tweede zin in het citaat is een logische bewering, die dus juist of onjuist kan zijn. Zonder de context, het model, te kennen is de juistheid ervan niet te beoordelen. Dat model staat in een kort artikel, gepubliceerd in een toptijdschrift op het gebied van de economie (Kaplow en Shavell 2001b). Binnen het kader van dat model is de bewering juist. Echter, in dit model hangen (in de taal van paragraaf 2.5) de preferenties alleen af van de fysieke uitkomsten en bijvoorbeeld niet van procedures of wat mensen zeggen. In feite is er in dat model weinig ruimte voor *notions of fairness like corrective justice*; in ieder geval zijn *fairness* en *justice* in dat model niet formeel

gedefinieerd. Of de bewering van Kaplow en Shavell algemeen juist is, moet dus betwijfeld worden. De heftige reactie bij juristen lijkt echter gebaseerd op de veronderstelling dat de stelling algemeen geldt. De reactie van economen was anders: de zoveelste onmogelijkheidsstelling, daar liggen we echt niet wakker van.

Minstens zo belangrijk is hoe we het welzijnsisme kunnen operationaliseren. Wat te doen als A regel R_A prefereert, maar B regel R_B ? Kaplow en Shavell zeggen:

‘Second, a method of aggregation is of necessity an element of welfare economics, and value judgments are involved in aggregating different individuals’ well-being into a single measure of social welfare (...). Various methods of aggregation are possible.’

Dit is juist. Wat de auteurs er echter niet bij vertellen, is dat *geen* van die aggregatiemethoden bevredigend is. We weten niet hoe we nut tussen personen kunnen vergelijken. Als we niet kunnen vergelijken, is ook consistente aggregatie niet mogelijk. Kaplow en Shavell (2001) is een artikel met grootse claims, maar gebouwd op een zeer wankel fundering.

4.3. Conclusie

Economen zijn in het recht geïnteresseerd omdat het recht maatschappelijke uitkomsten en welzijn beïnvloedt en omdat de effecten van (veranderingen) in het recht met behulp van de economie onderzocht en voorspeld kunnen worden. Bezwaren van juristen tegen het gebruik van economie in het recht zijn gebaseerd op misvattingen, zijn gericht tot rechtseconomen, of berusten op een andere waardering van modellen en aannames dan die van economen. Ik heb betoogd dat, voor een jurist die geïnteresseerd is in de bepaling van de effecten van het recht, geen van deze bezwaren een beletsel hoeft te zijn voor een juist gebruik van de economische methode.

4. Mededingingsrecht en -economie

In deze paragraaf bespreek ik de samenwerking tussen juristen en economen bij de toepassing van de (Europese) mededingingswetgeving. De artikelen 101 t/m 109 van het VWEU en de Fusieverordening (139/2004) verbieden afspraken en fusies die de mededinging beperken, het maken van misbruik van machtspositie, en steun van EU-lidstaten die de mededinging verstoort. Traditioneel was dit gebied het monopolie van juristen, die soms economen inschakelden, bijvoorbeeld bij de berekening van kartelschade. Sinds het einde van de 20^e eeuw is sprake van *economisering* van het beleid. Dit houdt vooral in dat gedragingen meer op hun economische effecten dan op hun juridische vorm beoordeeld worden, maar het heeft ook geleid tot discussie over de vraag of de doelstellingen van het beleid ‘meer economisch’ moeten worden ingevuld. Zo is een productief *partnership* van juristen en economen ontstaan, waar het beleid en de maatschappij van profiteren.

Europese regels beogen de vrije mededinging te beschermen. Maar waarom? Toch niet omdat een ding, een abstract begrip als concurrentie, op zich bescherming verdient? We beschermen concurrentie omdat we geloven dat het ons goede vruchten oplevert. Concurrentie verlaagt de kosten en de prijs, verhoogt de kwaliteit, versnelt de innovatie, versterkt de concurrentiekracht en vergroot de maatschappelijke welvaart, zoals een mantra van de Europese Commissie luidt. Maar meer concurrentie is niet altijd goed. Economische analyse kan aangeven wanneer wel en wanneer niet. De regels staan toe concurrentie in te dammen wanneer deze schadelijk is. Het welzijnsisme vormt op dit gebied een goed normatief uitgangspunt. Als maatschappelijk welzijn ons doel is, dan willen we concurrentie beschermen daar waar deze het doel dichterbij brengt, maar niet in die situaties waar het welzijn juist afneemt als gevolg van concurrentie.

Verstandige toepassing van het mededingingsrecht kan niet zonder economen. Zij hebben empirische kennis over hoe markten werken en wat het effect van bedrijfsstrategieën is. Welzijnsisme stelt dat alleen de effecten tellen, en economen brengen die in kaart. Echter, positieve analyse moet met normatieve criteria verbonden worden. Wiens welzijn telt? Kijken we, bijvoorbeeld, bij de beoordeling van een fusie tussen twee Nederlandse krantenconcerns alleen naar de lezers, of moeten we ook de belangen van de adverteerders meenemen? Hoe wegen we het belang van de aandeelhouders? Tellen we aandeelhouders van concurrenten ook mee? Betrekken we de werknemers in de analyse? Kijken we alleen binnen de relevante markt of ook daarbuiten? Kijken we alleen naar het heden of ook naar de toekomst? Hoe wegen we de belangen van toekomstige generaties ten opzichte van de huidige? Keuzes moeten gemaakt worden. Economen kunnen de effecten in kaart brengen, maar op de vraag welke effecten gewaardeerd moeten worden, hebben ze geen wetenschappelijk antwoord.

5.1. Samenwerking in de VS

In eerste instantie hadden, ook in VS, economen niet veel belangstelling voor dit terrein (Kovacic en Shapiro 2000); dat veranderde pas toen dat beleid erg interventivistisch werd. De samenwerking tussen Director en Levi (zie paragraaf 3) was cruciaal. Levi behandelde een casus, waarna Director aan de hand van een eenvoudig economisch model steeds de door de autoriteiten getrokken conclusie betwistte. Als zij concludeerden dat het gedrag verboden was, liet hij zien dat dit juist in het belang van de maatschappij was, en dus toegestaan zou moeten worden. Uiteindelijk leidde dit werk van de Chicago School tot belangrijke aanpassingen in het beleid, en tot vruchtbare interactie tussen economen en juristen (Kovacic en Shapiro 2000).

Het 'debat' tussen de jurist Bork en de econoom Williamson over de doelstellingen van beleid kan illustreren hoe vruchtbaar die samenwerking was en is. Deze discussie staat model voor hoe, in de afgelopen vijftig jaar, economie en recht elkaar, en het beleid, beïnvloed hebben. Een citaat uit Bork's belangrijke boek *The Antitrust Paradox* waarin hij zijn eerdere werk samenvatte, is een goed startpunt:

‘Antitrust policy cannot be made rational until we are able to give a firm answer to one question: What is the point of the law- what are its goals? Everything else follows from the answers we give. Is the antitrust judge to be guided by one value or by several? If by several, how is he going to decide cases where a conflict in values arises? Only when the issue of goals has been settled is it possible to frame a coherent body of substantive rules.’ (Bork 1978, p. 50)

Bork wijdde een groot deel van zijn wetenschappelijke carrière aan het betoog dat consumentenwelvaart het doel was. Hij was succesvol. Het Supreme Court accepteerde uiteindelijk de consumentenwelvaart als de ultieme doelstelling van het mededingingsbeleid in de VS, overigens zonder die term te definiëren (Heyer 2014). Het gevolg was dat de discussie over de beleidsdoelstellingen vervangen werd door debat over de vraag ‘Wat is consumentenwelvaart?’, wat niet echt opschiet. Mede gemotiveerd door die juridische discussie, formuleerde Oliver Williamson, een econoom, een vraag over het doel van het fusietoezicht:

‘Suppose that a merger is proposed that yields economies [kostenbesparing] but at the same time increases market power. Can the courts and antitrust agencies safely rely, in these circumstances, on a literal reading of the law which prohibits mergers that (...) “substantially lessen competition or tend to create a monopoly” or does this run the risk of serious economic loss?’ (Williamson 1968)

Om deze vraag te beantwoorden, introduceerde Williamson zijn *naive trade-off model*, dat tot op heden in de mededingingseconomie wereldwijd als conceptueel werkpaard gebruikt wordt. Dit simpele partiële evenwichtsmodel betreft één homogeen product, een aantal producenten die fuseren, en consumenten. De bedrijven willen hun winst maximaliseren. Elke consument i is bereid voor het product een bepaald geldbedrag WTP_i te betalen en wil liefst zo weinig mogelijk betalen. In termen van het formele model uit paragraaf 2.5 heeft een bedrijf B een nutsfunctie $u_B = W_B = \text{winst}$, terwijl consument i de nutsfunctie $u_i = WTP_i - p$ heeft. De kernveronderstellingen zijn dus dat alle waarden in geld kunnen worden uitgedrukt, dat iedereen zelfzuchtig is, en dat iedereen dezelfde (marginale) waarde aan geld toekent. Deze veronderstellingen zijn eenvoudig te falsificeren, en ze zijn ook gefalsificeerd: mensen geven om meer dan geld alleen, en extra geld is minder waard voor iemand die er al veel van heeft. Maar is dat een reden om Williamson’s model af te wijzen? Economen vinden van niet: misschien zijn de aannames, in deze context, bij benadering juist en is het model dus een redelijke manier om onze gedachten te ordenen. De houding is dan: laten we zien waar het model toe leidt.

Zoals al werd opgemerkt in paragraaf 2.5 maken de drie kernveronderstellingen toepassing van het utilitarisme mogelijk. Er kan opgeteld worden en het consumentensurplus, CS , de meerwaarde die de consumenten als geheel aan de markt ontleen, is eenduidig gedefinieerd. (Als er twee consumenten zijn, een met $WTP_1 = 10$ en een ander met $WTP_2 = 15$ en $p = 8$, dan is $CS = (10-8) + (15-8) = 9$.) Williamson beschouwt een fusie die tot kostenverlaging leidt, maar tegelijk tot prijsverhoging. Zijn model stelt ons in staat een scherpe discussie te voeren over twee kernvragen:

(1) Welk effect heeft deze fusie? (2) Hoe moet dat effect beoordeeld worden? De fusie verhoogt de winst van het bedrijf W_B maar verlaagt het consumentensurplus CS. Hoe moeten de belangen afgewogen worden? Williamson's model zet de normatieve discussie op scherp: kijken we naar bedrijven en consumenten samen, dus naar $W_B + CS$, of kijken we alleen naar het consumentensurplus CS? Williamson stelt voor fusies utilitaristisch te beoordelen en aandeelhouders net zo zwaar te tellen als consumenten. Zijn criterium is Totale Welvaart, $W_B + CS$, een fusie is toegestaan als de extra winst van de bedrijven groter is dan het verlies aan consumentensurplus, en anders verboden.

Hoe verhoudt dit zich tot Bork's pleidooi voor consumentenwelvaart? Over deze vraag is zowel in de wetenschap als in het beleid bijna vijftig jaar gediscussieerd, zonder grote vooruitgang. De discussie werd bemoeilijkt doordat Bork consumentenwelvaart niet precies definieerde, niet identificeerde met het consumentensurplus, en doordat hij niet altijd consistent argumenteerde. De economische methode vermijdt dergelijke overloze discussies. Economen werken met modellen; dit vereist precisie en voorkomt inconsistentie. Williamson's model structureert de discussie, maar vernauwt die ook tot 'Is het doel CS of $W_B + CS$?' en tot 'Wat is het effect van de fusie op CS en op W_B ?' Bork zag vooral de beperkingen van het model. Hij zag niets in empirische analyse aan de hand van dit model en, meende, in tegenstelling tot Williamson, dat kwantificering van de kostenvoordelen en het afwegen daarvan tegen nadelen voor de consument onmogelijk was. Bork's kernargument wordt ook nu nog vaak door juristen gebruikt; het is een terechte waarschuwing:

'Economists, like other people, will measure what is susceptible of measurement and will tend to forget what is not, though what is forgotten may be far more important than what is measured.' (Bork 1978, p. 127)

Een model structureert en beperkt. Dit is nuttig en nodig om te kunnen analyseren. Economen zijn gewend met modellen te werken, maar verliezen de beperkingen soms uit het oog. Het model is niet de realiteit. Werknemers zijn in Williamson's model niet opgenomen. Dat hoeft ook niet, want het is maar een model. Maar, voor zover ik weet, ook het mededingingsbeleid houdt geen rekening met de belangen van werknemers. In een utilitaristische analyse tellen hun belangen mee. Juristen kunnen economen op het rechte pad houden door hen te wijzen op wat waardevol is en dus in het model moet worden opgenomen.

5.2. Beleid in Europa

Sinds het eind van de 20^e eeuw speelt ook economische effectanalyse een belangrijke rol in het Europese mededingingsbeleid. Onder Eurocommissaris Monti werd toen de weg ingeslagen naar een 'meer economische aanpak', waarbij de nadruk meer ligt op de beoordeling van de economische effecten van gedragingen dan op de formele juridische vorm daarvan. Het thema *vertical restraints* illustreert goed waarom goede wetstoepassing niet zonder economie kan. De tekst van artikel 101 VWEU maakt geen onderscheid tussen horizontale overeenkomsten (tussen concurrenten)

en verticale (tussen toeleveranciers en afnemers), en EG-Verordening 139/2004 scheert horizontale en verticale fusies over dezelfde kam. Economische analyse wijst echter uit dat die twee typen heel anders functioneren. Verticale overeenkomsten en fusies zijn veelal goed en moeten niet op dezelfde manier behandeld worden als horizontale. Deze economische les is ondertussen in het mededingingsbeleid geïncorporeerd.

De discussie over de doelstellingen van het mededingingsbeleid speelt ook in Europa. In de EU is vrije mededinging onlosmakelijk verbonden met het creëren van de Interne Markt, maar spelen daarnaast van oudsher ook andere doelstellingen van industriepolitieke of economische aard. Met het toenemen van de wereldhandel en de roep om convergentie tussen VS en EU kwam ook bij ons de nadruk steeds meer op ‘economische’ doelstellingen te liggen. Het Europese Hof bepaalt uiteindelijk hoe het Verdrag geïnterpreteerd moet worden, maar de Europese Commissie lobbyt voor consumentenwelvaart als doelstelling. Een veel geciteerde toespraak uit 2005 van Neelie Kroes, destijds Eurocommissaris voor Mededinging, illustreert het spanningsveld tussen Commissie en Hof:

‘Consumer welfare is now well established as the standard the Commission applies when assessing mergers and infringements of the Treaty rules on cartels and monopolies. Our aim is simple: to protect competition in the market as a means of enhancing consumer welfare and ensuring an efficient allocation of resources.’ (Kroes 2005)

In de eerste zin wordt de consumentenwelvaart als standaard benadrukt, maar vervolgens worden drie doelstellingen (concurrentie, welvaart en efficiëntie) geformuleerd, die alle onder doelmatigheid vallen, en dan hebben we het over rechtszekerheid en rechtvaardigheid nog niet gehad. Het zal duidelijk zijn dat we in Europa geen heldere eendimensionale doelstelling hebben.

Hoewel de discussie over de doelstelling blijft, is ondertussen het gebruik van economische modellen (theoretische en empirische) en inzichten ook in het Europese mededingingsrecht gemeengoed geworden (Neven 2006). Op basis van economische inzichten werd het clementieprogramma voor kartelverklidders aangepast en effectiever gemaakt. Er wordt meer gebruikgemaakt van technieken om de aard en intensiteit van concurrentie op een markt in kaart te brengen en om de effecten van gedragingen in kaart te brengen of te becijferen. Dat leidt weliswaar tot hogere toezichtskosten, maar, mits goed uitgevoerd, ook tot betere beslissingen. Economische inzichten hebben ook tot aanpassing van wetgeving geleid. Zo is de formulering van de fusietoets gewijzigd om ook concentraties die niet tot een dominante positie leiden, maar wel de mededinging in belangrijke mate beperken, aan te kunnen pakken. Natuurlijk blijft er altijd wat te wensen over. Zo is het Amerikaans Hooggerechtshof veel ontvankelijker voor economische argumenten dan het meer behoudende Europese Hof van Justitie. *Leegin* (US Supreme Court, 2006), over de vraag in welke omstandigheden verticale prijsbinding legaal is, vormt daarvan een illustratie.

6. Gedragseconomie en recht

In conventionele *Law and Economics* modellen wordt vaak verondersteld dat geld het enige is dat telt en dat alles op geld gewaardeerd kan worden. Veelal is de (impliciete) aanname dat alle nutsfuncties quasilineair zijn, wat impliceert dat het marginale nut van geld constant is, en voor iedereen gelijk. Utilitaristisch optellen is dan ook mogelijk. In deze context is de maatschappelijke welvaart optimaal als $\sum_{i=1}^n u_i$ maximaal is, waarbij het niet uitmaakt hoe dit totaal verdeeld wordt. Voor veel toepassingen in het recht lijken deze sterke aannames te beperkend. In deze paragraaf betoog ik dat de economische methode flexibel is, zodat inzichten uit de psychologie geïncorporeerd kunnen worden om de analyse te verbeteren. Ik laat zien hoe de economie tot modellen met een realistischer mensbeeld komt, en dus tot theorieverbetering, met als gevolg betere toepassingsmogelijkheden in het recht. Twee voorbeelden illustreren deze nieuwe aanpak.

Behavioral Law and Economics is dus geen alternatief voor de conventionele economische analyse van het recht, maar een verbetering daarvan. In hun invloedrijke artikel uit 1998 schrijven Jolls, Sunstein en Thaler (vanaf nu: JST):

‘The unifying idea in our analysis is that behavioral economics allows us to model and predict behavior relevant to law with the tools of traditional economic analysis, but with more accurate assumptions about behavior, and more accurate predictions and prescriptions about law.’ (Jolls e.a. 1998, p. 1474)

Het idee dat we, door realistischer aannames over menselijk gedrag in economische modellen op te nemen, betere voorspellingen kunnen doen en betere beleidsaanbevelingen kunnen geven spreekt zowel economen als juristen aan. Een vraag is natuurlijk wel of de auteurs, en het gebied in het algemeen, hun claims waar kunnen maken: verliest de economische methode niet te veel aan kracht als zij probeert te bouwen op een realistischer mensbeeld? De tijd zal het leren. Posner (1998) merkt, niet ten onrechte, op dat JST hun claim op vernieuwing overdrijven, maar ook als we alle retoriek weglaten, blijft er in JST, en de daaruit voortspruitende literatuur, nog zeer veel waardevols over.

6.1. Gedragseconomie

JST onderscheiden in hun artikel drie vormen van ‘begrensdheid’ van menselijk gedrag waardoor het traditionele rationele keuzemodel niet zou voldoen: begrensde rationaliteit, begrensde wilskracht en begrensd eigenbelang. Dat laatste zijn we al in paragraaf 2.4 tegengekomen en is dus niet nieuw. In feite is de vraag wat mensen motiveert en hoe dit in het economisch model kan worden opgenomen. De twee andere beperkingen zijn gerelateerd aan hoe het menselijk brein functioneert (Kahneman 2011). Begrensde wilskracht refereert aan het feit dat we, zelfs als we weten wat goed voor ons is, niet altijd datgene doen wat zou moeten. Velen eten te veel, of te ongezond; ieder weet dat te veel alcohol de volgende dag tot problemen kan leiden, maar toch drinken we soms te veel. We zijn dus niet altijd doelgericht.

Begrensde rationaliteit refereert aan het feit dat we informatie niet altijd logisch-rationeel verwerken en daardoor niet altijd de juiste beslissingen nemen. Er is wel een doel, maar we maken systematische ‘fouten’ in onze pogingen dat doel te bereiken. De drie aspecten (Wat is het doel?; Is het doel constant?; Vinden we de weg erheen?) leiden tot uitdagingen voor positieve (verklarende) analyse, nog meer voor prescriptieve analyse (Wat te doen om het doel te bereiken?) en vooral voor normatieve analyse (Wat willen we bereiken?). Bijvoorbeeld: hoe adviseren we iemand die morgen iets anders wil dan vandaag? Baseren we ons advies op zijn huidige preferenties, of op die van morgen?

De standaard economische theorie werd ontwikkeld toen we nog niet veel wisten over hoe het brein werkt, en houdt met de eigenaardigheden van dat brein geen rekening. Nieuwe inzichten over wat we waarderen en over hoe ons brein werkt, worden nu in economische modellen verwerkt. Kahneman (2011) stelt dat we zowel Descartes’ *error* (Damasio 1994) als de ‘fout’ van Bernoulli moeten corrigeren. Het eerste betreft het feit dat beslissingen op intuïtieve en/of rationele wijze tot stand komen en dat, omdat denken moeilijk en kostbaar is, intuïtieve beslissingen niet altijd door de rede gecheckt worden. Het tweede hangt samen met het feit dat we geen waarde toekennen aan uitkomsten, maar aan veranderingen ten opzichte van een referentiepunt; dit is een heel ander vertrekpunt dan dat geschetst in paragraaf 2.5. Zolang doelgerichtheid verondersteld kan worden en gemodelleerd kan worden door een nutsfunctie zijn er voor positieve of prescriptieve analyse niet echt nieuwe conceptuele uitdagingen. Als de doelen gegeven zijn, is de vraag slechts hoe mensen reageren op prikkels die beogen het gedrag in de gewenste richting te sturen. Als verklaard en voorspeld kan worden, kan men ook zeggen wat te doen staat, gegeven het doel. In dergelijke gevallen kan ook het welzijnsisme toepassing vinden.

De vraag is dus hoe flexibel het model uit paragraaf 2.5 zal blijken: wat kan er wel in geperst worden en wat niet? Het modelmatig verwerken van nieuwe inzichten uit de psychologie is fascinerend en veel economen voelen zich er dan ook toe aangetrokken. Niet voor niets behoort Kahneman en Tversky (1979) tot de meest geciteerde artikelen uit de economische literatuur en heeft Kahneman de Nobelprijs in de economie gekregen. Gegeven al dat werk is te verwachten dat de *mainstream* de relevante inzichten uit de psychologie zal verwerken en dat er binnenkort dus geen noodzaak meer zal zijn het bijvoeglijk naamwoord *behavioral* te gebruiken. Hoe het verbeterde model eruit zal zien is nog onduidelijk. Posner (1998) verwacht dat het niet fundamenteel anders zal zijn dan het huidige:

‘The success of modern economists in enriching the simplest rational-choice models, not only with risk aversion and risk preference, but also with altruism, time preference, positive information costs, and strategic and habitual behavior, without sacrificing falsifiability, furnishes a basis for optimism about the power and resilience of rational-choice economics.’

Voor wat betreft de bredere normatieve issues is nog volstrekt onduidelijk welke invloed de gedragseconomie zal hebben. In standaard economische analyse wordt paternalisme afgewezen. De aanname is dat ieder mens zelf het beste weet wat goed

voor hem is, en in zijn eigen belang, zoals hij dat ziet, zal handelen. Bij begrensde rationaliteit en/of begrensde wilskracht, is aan deze voorwaarde niet voldaan en kan dus niet uitgesloten worden dat door een vorm van paternalisme een Pareto-verbetering (een hoger individueel welzijn voor ieder) bewerkstelligd kan worden.

Vandaar de literatuur over anti-anti-paternalisme, waarin betoogd wordt dat het standpunt van anti-paternalisme niet te handhaven is (Camerer e.a. 2003; Sunstein en Thaler 2003). In hun 'Nudge' gaan Sunstein en Thaler (2008) nog wat verder door aan te geven waar en hoe daadwerkelijke verbeteringen gerealiseerd zouden kunnen worden. De vraag 'Hoe ver men kan gaan met sturend gedrag?' is niet nieuw, maar vereist een nieuw antwoord. Vrijheid is een groot goed, en daarbij hoort ook de vrijheid om van de eigen fouten te mogen leren. We zullen zien hoe dit gebied zich ontwikkelt.

6.2. Gedragseconomie en recht; twee voorbeelden

Het eerste voorbeeld laat zien hoe, in de VS, gedragseconomie gebruikt werd om regulering van de tabaksindustrie te rechtvaardigen. Het tweede voorbeeld toont hoe het gebruik van een 'quasimaterialistische' nutsfunctie tot misverstanden leidt.

In 2009 werd in de VS de *Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act* (FSPTCA) van kracht, die tabaksproducenten o.a. verplicht om afschrikwekkende afbeeldingen en waarschuwende tekst op hun pakjes sigaretten op te nemen. Is zo'n verplichting compatibel met het recht op vrije meningsuiting? Is een foto van een lijk in een doodskist een adequate productwaarschuwing voor *smoking can kill you*? Waarom gedraagt de Amerikaanse overheid zich zo paternalistisch? Weten Amerikanen niet zelf het beste wat goed voor hen is? Uit empirisch onderzoek weten we dat mensen de kans dat ze zelf als gevolg van roken kanker krijgen, onderschatten en dat rokers die kans meer onderschatten dan niet-rokers. (Er is dus enige consistentie in de irrationaliteit.) Mensen accepteren de objectieve cijfers, maar net zoals de meerderheid van de automobilisten meent dat zij tot de 10% beste chauffeurs hoort, denken ook veel rokers dat zij zelf de dodendans zullen ontspringen. Tekst beïnvloedt die inschatting maar weinig; een plaatje zegt meer dan 1000 woorden. Empirisch onderzoek laat zien dat met een extra plaatje de inschatting van het eigen risico accurater is dan wanneer alleen tekst wordt getoond (Jolls 2013). Dat beantwoordt niet de vraag waarom de Amerikaanse overheid dit allemaal doet, maar laat wel zien dat als het doel is de inschattingsfout voor het eigen risico zo klein mogelijk te maken, een extra plaatje een goed idee is.

Het tweede voorbeeld komt uit de Nederlandse literatuur. Nieuwenhuis (2006b) bekritiseert een artikel van de rechtseconomen Suurmond en Van Velthoven (2005) dat de vraag behandelt of de ouders van B, een kind van 5 jaar dat overlijdt ten gevolge van een verkeersfout van A, recht hebben op vergoeding van affectieschade. De auteurs onderscheiden twee functies van affectieschade, preventie en compensatie, en stellen dat, met het oog op preventie, het voldoende is als de vergoeding wordt gebaseerd op de schatting van de geldwaarde van een statistische mensleven (door hen op € 2 miljoen gesteld), terwijl, om tegemoet te komen aan de compensatiefunctie, het door de minister van Justitie voorgestelde bedrag van € 10.000

waarschijnlijk te hoog is. Nieuwenhuis stelt dat het belangrijkste aspect, genoegdoening, buiten beeld blijft:

‘Toekenning van smartengeld (...) strekt tot honorering van de overtuiging dat de dader zijn slachtoffer (...) genoegdoening schuldig is. Deze functie kan onmogelijk los worden gekoppeld van notions of fairness like corrective justice.’

Ik denk dat in het model van Suurmond en Van Velthoven genoegdoening als onderdeel van compensatie opgenomen is en dat de € 10.000 dus ook die component omvat. De vraag is dan wel of hun model ruimte biedt voor *corrective justice*. Net als Nieuwenhuis denk ik dat iets buiten beeld blijft, maar ik mis iets anders. Hoe worden de antwoorden (€ 2 miljoen; te hoog) verkregen? Nieuwenhuis stelt: ‘Bij de combinatie van recht en economie is het niet zozeer het verschil in methode als wel het verschil in vraagstelling dat voor problemen zorgt.’

Ik ben het op dit punt niet met Nieuwenhuis eens. Het verschil zit hem juist in de methode. Het is volkomen duidelijk dat de vraag ‘Welke vergoeding is nodig voor effectieve preventie?’ een andere is dan ‘Welke vergoeding is adequaat als compensatie?’, dus daarin kan het probleem niet zitten. We weten ook dat rechtseconomen zich vooral op preventie richten, dus ook dat kan geen misverstand opleveren. Van den Bergh en Faure (1987) stellen bijvoorbeeld dat de rechtseconomie slachtoffers beschermt door ervoor te zorgen dat er minder van zijn. Het belang van afschrikking mag niet onderschat worden; we mogen de ‘voorkomen slachtoffers’ niet uit het oog verliezen. Maar ook de slachtoffers zelf mogen niet vergeten worden. Er zijn twee aspecten en twee vragen. De kern is de methode waarmee elk van die vragen beantwoord wordt. Is die methode de juiste?

De uitspraak dat € 10.000 voor compensatie te hoog is, is gebaseerd op een model waarin het slachtoffer (de ouders van B) nut toekent aan twee dingen, hun kind en hun materiële welvaart, en waarbij de normatieve vraag ‘Hoeveel geld moet ouders geboden worden om het verlies van hun kind te compenseren?’ beantwoord wordt door een andere (positieve) vraag te beantwoorden, namelijk ‘Voor hoeveel zijn de ouders bereid hun kind, tegen een faire premie, te verzekeren?’ De conclusie van de auteurs volgt omdat het antwoord op die laatste vraag 0 is. Maar wat heeft de verzekeringsvraag met genoegdoening voor de ouders te maken? Waarom wordt de vraag ‘Wat is een adequate compensatie?’ niet met een meer directe methode beantwoord? Als $u(.)$ de nutsfunctie van de ouders is, dan is C een adequate financiële compensatie als het de ouders ‘heel maakt’, dat wil zeggen als geldt: $u(\text{kind}, W) = u(\text{geen kind}, W + C)$ waarin W staat voor het vermogen van de ouders. Geld kan het kind niet tot leven wekken, zodat voor veel ouders de benodigde compensatie C oneindig is. Zo bezien is de door de minister voorgestelde € 10.000 vermoedelijk veel te laag. Ik zie niet in waarom het antwoord $C = \infty$ inferieur is aan het antwoord $C = 0$. De methode bepaalt het antwoord, en kennis van de methode is nodig om een goede discussie over het resultaat te kunnen voeren.

Mulder (2013) laat zien dat voor slachtoffers genoegdoening inderdaad zeer belangrijk is. Zij laat ook zien dat genoegdoening niet alleen een kwestie van geld is, maar dat ook de vorm (de procedure) ertoe doet. Voor juristen is dat vermoedelijk

niet nieuw, maar voor economen leidt het tot een andere benaderingswijze. Het model dat alleen geld en het kind ertoe doen, is te beperkt en leidt tot verkeerde conclusies. De vraag of een andere behandeling beter is, komt daarmee naar voren, en ook deze vraag is analyseerbaar. De economische behandeling van dit onderwerp staat overigens nog in de kinderschoenen.

7. Conclusie

Juristen en economen die gefascineerd zijn door vraagstukken van maatschappelijke ordening hebben gedeelde interesse in de vraag ‘Hoe moet de maatschappij geordend worden?’. Juristen herformuleren deze normatieve vraag als ‘Hoe moet het recht luiden opdat voldaan is aan eisen van rechtvaardigheid, rechtszekerheid en doelmatigheid?’. Zij focussen daarbij op de eerste twee aspecten. Juristen hebben geen goed criterium om de doelmatigheid van verschillende oplossingen te toetsen en weten niet hoe zij doelmatigheid tegen de twee andere criteria af moeten wegen (Stolker 2003). Sterker, ze hebben geen methode waarmee ze de effecten van (veranderingen in) het recht in kaart kunnen brengen of voorspellen. Economen herformuleren de vraag als een positieve: ‘Welk effect heeft een ordeningsmechanisme op het individuele welzijn van de leden van de samenleving?’. De economische wetenschap is sterk in het in kaart brengen van de effecten van veranderingen in ordening, maar is zwak in het overall (maatschappelijk) waarderen van die effecten. Meestal zijn er winnaars en verliezers en economen weten niet hoe ze de plussen en de minnen tegen elkaar af moeten wegen. Economen zijn sterk waar juristen zwak zijn, en mogelijk geldt die bewering omgekeerd. Dit artikel daagt juristen uit om het bewijs daarvoor te leveren.

De economische wetenschap wordt gekarakteriseerd door vier kernelementen: (1) het gebruik van theoretische modellen gebaseerd op methodologisch individualisme; (2) de aanname van individueel rationeel gedrag en de veronderstelling dat interactie leidt tot een maatschappelijk evenwicht; (3) het welzijnsisme, inclusief Pareto-efficiëntie als het beoordelingscriterium voor maatschappelijke uitkomsten, en (4) de sterke verbondenheid van theorie en empirie, met de houding dat de waarde van een model afgemeten moet worden aan de inzichten die dat model oplevert, en aan niets anders. Over elk van deze aspecten kan gediscussieerd worden, maar economen debatteren liever over het inzicht dat hun werk oplevert dan over hun methode. Belangrijk is dat aannames altijd voorlopig zijn, dat modellen cumulatief verbeterd kunnen worden en dat het beoordelingscriterium dergelijke verbetering afdwingt. Belangrijk is ook dat economen niet weten hoe interpersonele nutsvergelijkingen gemaakt kunnen worden en dat ze daarom niet utilitaristisch (kunnen) zijn. Maatschappelijk welzijn is meestal een leeg begrip.

Hoewel juristen bedenkingen tegen de vier kernelementen hebben, zijn dat, naar mijn mening, geen fundamentele bezwaren. Juristen hebben wel terechte bezwaren tegen diverse hulpaannames die in de economie gebruikt worden. Die hulpaannames zijn bijvoorbeeld dat mensen materialistisch en zelfzuchtig zijn, dat nut tussen personen vergeleken kan worden, dat utilitaristisch optellen mogelijk is, en dat het

Kaldor-Hicks-efficiëntie criterium gebruikt kan worden (in plaats van het Pareto-criterium) om maatschappelijke uitkomsten te beoordelen. Deze hulpaannames zijn soms bruikbaar, bijvoorbeeld in nauw afgebakende mededingingsanalyse, maar lang niet altijd. Buiten de marktcontext (preciezer, als de aanname van quasi-lineaire nutsfuncties niet passend is) leiden deze extra aannames vaak tot slechte voorspellingen en leveren ze weinig of geen inzicht, of misleiden ze, zodat ook economen deze extra aannames afwijzen. Er is op dit dus punt geen verschil van inzicht tussen economen en juristen.

Juristen lijken zich onvoldoende te realiseren dat economische uitspraken altijd relatief ten opzichte van een model zijn. Vermoedelijk maken economen dat ook onvoldoende duidelijk. Wat een *casus* is voor een jurist, is een model voor een econoom. Een model is precies, dwingt tot consistent redeneren en maakt de rol van de aannames duidelijk. Een model structureert de discussie, maar vernauwt die ook. Economen discussiëren onderling veel over de relevantie van hun aannames en modellen, maar van die discussie komt weinig in de wetenschappelijke literatuur terecht. De literatuur beschrijft de modellen en de daaruit volgende resultaten; de beoordeling van de relevantie van de analyse wordt aan de lezer overgelaten. Het criterium is inzicht en/of voorspelkracht. Modellen die niet bruikbaar zijn, worden verworpen, wat positief-economische analyse cumulatief beter maakt. Juristen kunnen aan deze discussie over relevantie een goede bijdrage leveren, mits ze in staat zijn de rol van de aannames en van het model te doorgronden. In plaats van de vraag 'Is het antwoord juist?', moet ook de interdisciplinaire discussie dus meer gaan over de vraag 'Is de methode juist toegepast?'.

Op normatief gebied zijn economen bescheiden. Ze leggen hun waarden niet op, maar respecteren die van de leden van de samenleving. Wetenschappelijk economen zijn ook terughoudend in het generaliseren. Dit wordt snel als speculeren gezien en dus als niet-wetenschappelijk. Ook het toegankelijk maken van modellen en het interpreteren van bestaande literatuur (klassen van samenhangende modellen) om zo tot 'grotere' (en meer robuuste) inzichten te komen wordt minder belangrijk beschouwd dan creativiteit. Dit vormt een toetredingsbarrière voor juristen en een hindernis voor het beter gebruik van economische inzichten in de praktijk.

Samenwerking tussen juristen en economen is daarom niet gemakkelijk. Maar op het terrein van *Social Governance* is het, naar mijn mening, wel mogelijk en ook vruchtbaar en nuttig. Anderen delen die mening (Dixit 2009; Ulen 2008-2009). Ulen gaat zelfs zo ver dat hij stelt: 'I believe the core subject we teach and study in law schools is social governance'. Ik denk dat deze uitspraak voor Nederland niet opgaat, maar ik hoop dat *social governance* in de toekomst wel onderdeel van het curriculum zal zijn.

Literatuur

- K. Arrow, 'A Difficulty in the Concept of Social Welfare', *Journal of Political Economy* 1950, 58, p. 328-346.
- K. Arrow, 'Methodological Individualism and Social Knowledge', *American Economic Review* 1994, 84(2), p. 1-9.
- A. Atkinson, 'Economics as a Moral Science', *Economica* 2009, 76, p. 791-804.
- A. Atkinson, 'The Restoration of Welfare Economics', *American Economic Review* 2011, 101(3), p. 157-61.
- R. Aumann, 'What is Game Theory Trying to Accomplish?', in: K. Arrow & S. Honkapohja (red.), *Frontiers of Economics*, Oxford: Basil Blackwell 1984.
- R. Backhouse & S. Medema, 'Defining Economics: The Long Road to Acceptance of the Robbins Definition', *Economica* 2009, 76, p. 805-820 (Backhouse & Medema 2009a).
- R. Backhouse & S. Medema, 'Retrospectives: On the Definition of Economics', *Journal of Economic Perspectives* 2009, 23 (1), p. 221-233 (Backhouse & Medema 2009b).
- J.M. Barendrecht, 'Aansprakelijkheid en Welzijn', *Nederlands Juristenblad* 2002, p. 605 e.v.
- J.M. Barendrecht, J. Vranken, I. Giessen, M. Borgers, W. van der Burg, H. Teissen, B. van Roermund & W. van Boom, 'Methoden van rechtswetenschap: komen we verder?' *Nederlands Juristenblad* 2004, p. 1419-1428.
- G.S. Becker, *The Economics of Discrimination*, Chicago: University of Chicago Press 1957.
- G.S. Becker, *The Economic Way of Looking at Life*, Nobel Lecture in Economics, 1992; gepubliceerd als 'The Economic Way of Looking at Behavior', *Journal of Political Economy* 1993, 101 (3), p. 385-409.
- R. van den Bergh & M. Faure, 'Liever geen slachtoffer dan één door het recht beschermd slachtoffer', *Intermediair* (België), 18 december 1987, p. 9-13.
- R. Bork, *The Antitrust Paradox*, New York: Free Press 1978.
- M. Bouwes, 'De Vorming van de Wetgevingsjurist', in: *De Opleiding van Wetgevingsjuristen en Wetgevingsonderzoekers in Vergelijkend Perspectief*, Vereniging voor Wetgeving en Wetgevingsbeleid, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011.
- J. Buchanan, 'Game Theory, Mathematics and Economics', *Journal of Economic Methodology* 2001, 8 (1), p. 27-32.
- C. Camerer, S. Isacharoff, G. Loewenstein, T. O'Donoghue & M. Rabin, 'Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for 'Asymmetric Paternalism'', *University of Pennsylvania Law Review* 2003, 151, p. 101-144.
- R.A. Coase, 'Economics and Contiguous Disciplines', *Journal of Legal Studies* 1978, 7, p. 201-211.
- R. Cooter, 'Expressive Law and Economics', *Journal of Legal Studies* 1998, 27, p. 585-607.
- A. Damasio, *Descartes' Error: Emotion, Reason and the Human Brain*, New York: Penguin 1994.
- E. van Damme, 'Differences between Law and Economics', Mimeo 2013.
- H. Demsetz, 'The Primacy of Economics: an Explanation of the Comparative Success of Economics in the Social Sciences', *Economic Inquiry* 1997, 35, p. 1-11.
- P. Diamond, 'Posner's Economic Analysis of Law', *The Bell Journal of Economics and Management* 1974, 5 (1), p. 294-300.
- A. Dixit, 'Governance Institutions and Economic Activity', *American Economic Review* 2009, 99, p. 5-24.

- C. Engel, 'Legal Experiments: Mission Impossible?', Erasmus Law Lectures 28, Rotterdam: Erasmus Universiteit 2013.
- M. Faure, 'Law and Economics; Belang voor het Privaatrecht', WPNR, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2011, 6912, p. 1056-1065.
- H. Franken, 'Rechtsgeleerdheid in de rij der Wetenschappen', *Nederlands Juristenblad* 2004, p. 1400-1408.
- G. de Geest, 'Hoe Maken We de Rechtswetenschap een Volwaardige Wetenschap?', *Nederlands Juristenblad* 2004, p. 58-66.
- J.F. Glastra van Loon, *Elementair Begrip van het Recht*, Gouda: Quint 1988.
- W. Güth, R. Schmittberger & B. Schwarze, 'An Experimental Analysis of Ultimatum Bargaining', *Journal of Economic Behavior and Organization* 1982, 3, p. 367-388.
- K. Heyer, 'Consumer Welfare and the Legacy of Robert Bork', *Journal of Law and Economics* 2014 (nog te verschijnen).
- A.M. Hol, 'Pleidooi voor een Jurisprudentia', in: J.W.L. Broeksteeg & E.F. Stamhuis (red.), *Rechtswetenschappelijk Onderzoek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 5-22.
- C. Jolls, C. Sunstein & R. Thaler, 'A Behavioral Approach to Law and Economics', *Stanford Law Review* 1998, 50, p. 1471-1549.
- C. Jolls, 'Product Warnings, Debiasing and Free Speech: the Case of Tobacco Regulation', *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 2013, 169, p. 53-78.
- D. Kahneman, *Thinking Fast and Slow*, Londen: Penguin 2011.
- D. Kahneman & A. Tversky, 'Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk', *Econometrica* 1979, 47, p. 263-291.
- L. Kaplow & S. Shavell, 'Fairness versus Welfare', *Harvard Law Review* 2001, 114, p. 961-1388 (Kaplow & Shavell 2001a).
- L. Kaplow & S. Shavell, 'Any Non-Welfarist Method of Policy Assessment Violates the Pareto Principle', *Journal of Political Economy* 2001, 100, p. 281-286 (Kaplow & Shavell 2001b).
- W. Kovacic & C. Shapiro, 'A Century of Economic and Legal Thinking', *Journal of Economic Perspectives* 2000, 14, p. 43-60.
- N. Kroes, 'European Competition Policy – Delivering Better Markets and Better Choices', speech 05/512 (2005), <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-512_en.htm>.
- W. Landes & R. Posner, 'The Influence of Economics on Law: a Quantitative Study', *Journal of Law and Economics* 1993, 36, p. 385-424.
- E. Lazear, 'Economic Imperialism', *Quarterly Journal of Economics* 2000, 115, p. 99-146.
- J.D.W.E. Mulder, *Compensation: the Victims' Perspective* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2013.
- S. Nasar, *De Wil tot Welvaart; Het Verhaal van Geniale Economen*, Amsterdam: De Bezige Bij 2011.
- J.F. Nash, 'The Bargaining Problem', *Econometrica* 1950, 18 (2), p. 155-162.
- J. von Neumann & O. Morgenstern, *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton NY: Princeton University Press 1944.
- D. Neven, 'Competition Economics and Antitrust in Europe', *Economic Policy* 2006, 21, p. 741-791.
- J.H. Nieuwenhuis, 'Waartoe is het recht op aarde?', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2005-4, p. 179-180.
- J.H. Nieuwenhuis, *Waartoe is het recht op aarde?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006 (Nieuwenhuis 2006a).

- J.H. Nieuwenhuis, 'Hinkelspel rond de boom der kennis van goed en kwaad', in: J.H. Nieuwenhuis & C.J.J.M. Stolker, *Vooruit met het recht. Wat geldt in de rechtswetenschap als voortuitgang?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 1-18 (Nieuwenhuis 2006b).
- R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, New York: Little, Brown and Co 1973.
- R.A. Posner, 'Some Uses and Abuses of Economics in Law', *University of Chicago Law Review* 1979, 46, p. 281 e.v.
- Posner, R.A., 'The Decline of Law as an Autonomous Discipline 1962-1987', *Harvard Law Review* 1987, 100, p. 761-780.
- R.A. Posner, 'Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law', *Stanford Law Review* 1998, p. 1551-1575.
- R.A. Posner, 'Legal Scholarship Today', *Harvard Law Review* 2002, 115, p. 1314-1326.
- G. Radbruch, 'Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946)', *Oxford Journal of Legal Studies* 2006, 26 (1), p. 1-11 (Engelse vertaling van een origineel artikel uit 1946).
- C. van Rhee, 'Geen rechtsgeleerdheid maar rechtswetenschap!', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2004, p. 196-201.
- L. Robbins, *An Essay on the Nature and significance of Economic Science*, Londen: MacMillan 1932.
- A. Sen, 'The Impossibility of a Paretian Liberal', *Journal of Political Economy* 1970, 78 (1), p. 152-157.
- A. Sen, 'Utilitarianism and Welfarism', *Journal of Philosophy* 1979, 76 (9), p. 463-489.
- F. Shapiro & M. Pearce, 'The most-cited law review articles of all time', *Michigan Law Review* 2012, 110, p. 1483-1520.
- J.W. Singer, 'Normative Methods for Lawyers', *Harvard Law School Public Law Research* 2008, Paper nr. 08-05 (beschikbaar via SSRN).
- J. Smits, *Omstreden Rechtswetenschap: Over aard, methode en organisatie van de juridische discipline*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.
- A. Soeteman, 'Rechtsgeleerde Zelfreflectie', *Ars Aequi* 2010, p. 182-186.
- R. Solow, 'A native informant speaks', *Journal of Economic Methodology* 2010, 8 (1), p. 111-112.
- G.J. Stigler, 'The Theory of Economic Regulation', *The Bell Journal of Economics and Management Science* 1971, 2 (Spring), p. 3-21.
- G.J. Stigler, 'Law and Economics; A Plea to the Scholars', *Journal of Legal Studies* 1972, 1, p. 1-12.
- G.J. Stigler, 'Economists and Public Policy', *Regulation* 1982 May/June, p. 13-17.
- G.J. Stigler, 'Economics – the imperial science?', *Scandinavian Journal of Economics* 1984, 86, p. 301-313.
- G.J. Stigler, 'Law or Economics?', *Journal of Law and Economics* 1992, 35, p. 455-468.
- G.J. Stigler & C. Friedland, 'What Can Regulators Regulate? – The Case of Electricity', *Journal of Law and Economics* 1962, 5 (October), p. 1-16.
- C.J.J.M. Stolker, "'Ja, geléerd zijn jullie wel!' Over de status van de rechtswetenschap", *Nederlands Juristenblad* 2003, p. 66-778.
- C. Sunstein & R. Thaler, 'Libertarian Paternalism is not an Oxymoron', *University of Chicago Law Review* 2003, 70, p. 1159-2012.
- C. Sunstein & R. Thaler, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, Yale University Press 2008.

- G. Suurmond & B. van Velthoven, 'Vergoeding van affectieschade: te weinig met het oog op de daders en te veel met het oog op de slachtoffers', *Nederlands Juristenblad* 2005, 80, p. 766-778.
- T.S. Ulen, 'A Nobel Prize in Legal Science: Theory, Empirical Work, and the Scientific Method in the Study of Law', *University of Illinois Law Review* 2002, p. 875-920.
- T.S. Ulen, 'The Impending Train Wreck in Current Legal Education: How We Might Teach Law as the Scientific Study of Social Governance', *University of St. Thomas Law Review* 2008-2009, 6, p. 302-336.
- US Supreme Court, *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 2006 <www.supremecourt.gov/opinions/06pdf/06-480.pdf>.
- A. Vermaat, J. Klant & J. Zuidema (red.), *Van liberalisten tot instrumentalisten: anderhalve eeuw economisch denken in Nederland*, Leiden/Antwerpen: Stenfert Kroese 1987.
- H. Varian, 'What Use is Economic Theory?', Discussion Paper based on a talk prepared for the Conference *Is Economics Becoming a Hard Science*, Parijs 1989. <<http://people.ischool.berkeley.edu/~hal/Papers/theory.pdf>>.
- J.B.M. Vranken, *Exploring the Jurist's Frame of Mind*, Kluwer Law International 2006 (Vranken 2006a).
- J.B.M. Vranken, 'Wat geldt in de wetenschap als vooruitgang?', in: J.H. Nieuwenhuis & C.J.J.M. Stolker, *Vooruit met het recht. Wat geldt in de rechtswetenschap als voortuitgang?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 19-31 (Vranken 2006b).
- O. Williamson, 'Economies as an Antitrust Defense; The Welfare Tradeoffs', *American Economic Review* 1968, 58, p. 18-36.
- WPNR, 'Themanummer 'Law and...' bewegingen en hun relevantie voor het privaatrecht', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2011, 142 (nr. 6912), p. 1055-1126.